

LA LIBERALIZACIÓN PROGRESIVA DEL COMERCIO DE SERVICIOS: A VUELTAS CON LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

PABLO ZAPATERO

*Profesor de Derecho internacional
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 30.03.2012 / Aceptado: 13.04.2012

Resumen: El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) es el marco central para liberalizar el comercio global de servicios. Sus disciplinas básicas fueron negociadas bajo la influencia de las industrias de servicios del mundo desarrollado. El AGCS puede cubrir cualquier sector de servicios sujeto a compromisos obtenidos en un proceso de regateo complejo que implica múltiples demandas, ofertas y contraofertas cruzadas. Los compromisos de liberalización de los Miembros de la OMC pueden adentrarse en áreas sensibles como los servicios públicos. Al tiempo, bajo el marco regulatorio del AGCS, los Miembros de la OMC están negociando nuevas «Disciplinas sobre reglamentación doméstica» que inciden en la autonomía regulatoria estatal y aspiran asimismo a regular elementos de los propios procesos de creación de normas (meta-regulación). Estas características sugieren que el AGCS puede tener un impacto relevante en la formación de políticas públicas en años venideros.

Palabras clave: autonomía regulatoria, políticas públicas, liberalización, servicios públicos, comercio de servicios.

Abstract: The General Agreement of Trade in Services (GATS) is the main regulatory framework liberalizing global trade in services. Its core disciplines were negotiated under the influx of the services industries from the developing world. The GATS potentially covers any services sector subject to commitments obtained in a complex bargaining process that involves multiple crossed demands, offers and counter-offers. Liberalization commitments by WTO Members are trade-offs that may intrude in sensible areas such as, for example, the supply of public services. Also under GATS regulatory framework, WTO Members are negotiating new «Disciplines of domestic regulations». These disciplines not only limit state regulatory autonomy but aim to regulate the domestic rulemaking process itself (meta-regulation). These features suggest that GATS may have a major impact in public policy formation in years ahead.

Key words: regulatory autonomy, public policies, liberalization, public services, trade in services.

Sumario: I. AGCS: origen de una idea. II. Poder público y poder privado. III. El caso de los servicios públicos. IV. Practicando la meta-regulación. V. Límites a la formulación de políticas.

I. AGCS: origen de una idea

1. La liberalización internacional de la prestación de servicios es una de las asignaturas pendientes de la globalización de los negocios. El foro multilateral que hoy por hoy impulsa esta tarea es la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el marco del Acuerdo General sobre Comercio de Servi-

cios (AGCS)¹. Este acuerdo incorpora junto a sus normas sustantivas un anexo con Listas nacionales en las que cada uno de los Miembros de la OMC puede asumir compromisos de liberalización en beneficio de los proveedores de servicios extranjeros en cualquier sector en que puede dividirse la prestación de servicios: servicios de transporte, construcción, educación, telecomunicaciones, energía, seguros, postales, contabilidad, publicidad, ingeniería, servicios legales, audiovisuales, de construcción, distribución, servicios financieros, sanitarios, turísticos, etc. El único ámbito que queda excluido de las Listas son los «servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales» (artículo I.3 del AGCS).

2. El AGCS crea así un auténtico mercado de trueque de concesiones recíprocas en el que los Miembros de la OMC realizan entre sí demandas, ofertas y contraofertas de liberalización (negociaciones bilaterales y/o plurilaterales) en el marco de sucesivas Rondas de negociaciones, como la actual Ronda de Doha. En el momento en que un Miembro de la OMC consigna un compromiso sobre un sector específico, éste queda sujeto a las reglas del AGCS conforme a las condiciones que se hayan determinado en su Lista nacional.

3. La importancia para la economía internacional de este tratado ‘dinámico’ (asunción progresiva de compromisos) va en aumento. De hecho, la prestación de servicios supera hoy en día un 20% del comercio internacional y crece de forma sostenida (9% en 2010)². Al tiempo, es el sector que más contribuye al crecimiento económico y al empleo en los países desarrollados. La propia Dirección General de Comercio de la Unión Europea estima que la prestación de servicios genera al menos dos tercios del PIB y el empleo en la Unión Europea³. Al constituir un sector estratégico para las economías de los países desarrollados, tanto los poderes públicos como las empresas actúan en consecuencia, tratando de mejorar a escala global su acceso a otros mercados.

4. En este sentido, una gran pluralidad de plataformas, redes y asociaciones del sector privado de los países desarrollados influye desde hace años en la definición de la posición negociadora de los países desarrollados, aportando conocimientos técnicos e identificando potenciales ‘nichos de mercado’. Así, organizaciones y plataformas como la *United States Coalition of Services Industries* (USCSI), la *European Services Forum* (ESF), o la *Global Services Coalition*, inciden de modo significativo en la elaboración de las peticiones y ofertas de liberalización de los países desarrollados en los foros internacionales. En suma, influyen sobre los procesos de redacción de normas (públicas) internacionales.

5. El AGCS, de hecho, debe su propia existencia a que los directores generales de AIG, American Express y Citicorp decidieran crear la USCSI (1981), cuyo objetivo inicial era impulsar una intensa campaña de lobby y comunicación para incorporar la prestación de servicios a la agenda de liberalización del GATT. El relato del primer Presidente y fundador de la USCSI, Harry Freeman, en unas jornadas de la Brookings Institution, es ilustrativo para entender esta particular experiencia de cabildeo global así como la forma en que se desdibujan las relaciones entre interés especial e interés general en los procesos de legislación internacional⁴.

6. La experiencia de esta iniciativa empresarial arranca a finales de los 70, cuando la estrategia de expansión global de American Express se enfrentó a restricciones de acceso a mercado en más de treinta países y comenzó a requerir apoyo público (en este caso derecho internacional público) para seguir avanzando. Para ello, el Director General Jim Robinson y el propio Freeman, por entonces di-

¹ Véase P. DELIMATSIS, *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, Oxford University Press, 2007 y *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest Policies within the Services Markets?* J. VAN DE GRONDEN, (Editor), Kluwer Law International, 2009.

² Véase WTO *International Trade Statistics 2011*, -Chapter III, Trade in commercial services y *OECD Statistics on International Trade and Services 2010 – Volume I, Detailed Tables by Service Category – 2000-2008*.

³ Véase p.e *Trade Policy in the Prodi Commission 1999-2004: An Assessment*, European Union, p.8.

⁴ H. FREEMAN, *Financial Services and the GATS 2000 Round* (P.Sauve y S.Gillepie Eds), Brookings-Wharton Papers on Financial Services 2000 (2000), pp.454-461.

rectivo de la entidad, comenzaron haciendo algo tan sencillo como comenzar a familiarizarse con las potencialidades regulatorias del GATT leyendo a Kenneth Dam⁵. La monografía de este antiguo director del servicio jurídico del GATT era, junto con la obra canónica de John Jackson⁶, una de las pocas referencias sobre esta institución, que se encontraba por entonces en *aplicación provisional* desde 1947(!) y administrada pues al margen de ‘los grandes focos’⁷.

7. El GATT era sin duda una herramienta útil para los intereses de la industria de servicios si se lograba incorporar la prestación de servicios a alguna de sus tradicionales rondas de negociaciones. Para obtener este resultado, el Director General de American Express decidió aliarse con los directivos de Citicorp y AIG y fundaron la USCSI. En palabras de Freeman, una sóla aseveración impulsa de modo definitivo la regulación del comercio mundial de servicios: «esto es tan importante que habrá presupuesto ilimitado». Así las cosas, la USCSI comenzó en 1981 su andadura con importantes recursos materiales y personales, y abriendo sedes físicas en Washington, Nueva York, Bruselas y Tokio.

8. Así, la USCSI cabildeó sobre el gobierno y los congresistas estadounidenses, participando en las audiencias del Congreso y financiando, asimismo, campañas y múltiples eventos sobre la centralidad del «comercio internacional de servicios» para la economía estadounidense. La iniciativa comenzó su andadura en una época en que no era común vincular el comercio internacional a los servicios y, de hecho, términos tan comunes hoy en día como el de «servicios financieros» no existían. Para romper este estado de cosas, por ejemplo, la USCSI se dirigió de forma individualizada a todos y cada uno de los medios de comunicación que empleaban sólo el término «comercio de mercancías», indicando que el comercio también es «comercio de de servicios» y solicitando que en futuras ocasiones corrigieran el error. Tras dos años de trabajo, la expresión «comercio de bienes y *servicios*» (cursiva añadida) estaba plenamente consolidada en la opinión pública⁸.

9. La amplia estrategia de la USCSI contribuyó de forma decisiva a que el GATT se dotaba en 1982 de un mandato (Decisión Ministerial de noviembre de 1982) para estudiar el peso y función de los servicios en las economías de sus Partes Contratantes, con el fin de evaluar su incorporación en una eventual ronda de negociaciones comerciales. Cuatro años más tarde, la Conferencia Ministerial que lanzó la Ronda de Uruguay (Punta del Este, 1986) incorporaba un Grupo de Negociaciones sobre Servicios entre sus múltiples grupos de trabajo (Declaración Ministerial de septiembre de 1986).

10. A partir de ahí, la USCSI colaboró activamente con los negociadores y responsables políticos estadounidenses, contribuyendo de modo efectivo a dar forma a la estrategia negociadora de la USTR (Representante Comercial de los Estados Unidos) durante todo el proceso que duro la Ronda de Uruguay⁹. De hecho, sus representantes asistieron a todas las reuniones ministeriales (1982, 1984 y 1986). Finalmente, el AGCS vio la luz tras 8 años de negociaciones (1986-1993), como parte integrante del denominado paquete único (*package deal*) de la Ronda de Uruguay. Cuando concluyó la Ronda, en 1993, la USCSI contaba con unas 400 personas en nómina aproximadamente¹⁰.

11. El AGCS es producto (directo o indirecto) de una campaña de la industria estadounidense para regular la liberalización de servicios a escala global. Sin duda, el influjo de la industria en este tipo de procesos de legislación internacional está contribuyendo a transformar nuestras sociedades. Es más, el éxito de iniciativas como la de USCSI ha producido un ‘efecto llamada’ en el sector empresarial de otros países que replica el modelo para poder incidir también sobre sus gobiernos en la elaboración de normas de derecho internacional público.

⁵ K. DAM, *The GATT: Law and international economic organization*, University of Chicago Press, 1970.

⁶ J.H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, The Boobs-Merrills Company Inc, Indianapolis, 1969.

⁷ P. ZAPATERO, «La invención de los *panels* del GATT», *ICE-Información Comercial Española: 60 años del GATT*, 2008.

⁸ H. FREEMAN, *Financial Services ...op.cit.* p.457.

⁹ *United States Trade Representative*.

¹⁰ H. FREEMAN, *Financial Services ...op.cit.* p.456.

12. De hecho, y sin salir del sector de la prestación de servicios, un modelo de cabildeo similar fue empleado por la industria bancaria europea y estadounidense para liberalizar a escala multilateral la prestación de servicios bancarios. En este sentido, la Ronda de Uruguay no pudo completar con éxito las negociaciones de un acuerdo sobre servicios financieros. Así las cosas, tras el fracaso de una segunda negociación en la OMC sobre la materia, la Secretaría General de esta institución, los representantes de Estados Unidos y la Unión Europea optaron por dar mayor protagonismo a la propia industria en los subsiguientes procesos de negociación.

13. Para ello, invitaron a Andrew Buxton y Ken Whipple, presidentes respectivamente de Barclays Bank y Ford Financial Services, a crear un grupo de alto nivel «trasatlántico» que colaborara en la definición de estrategias conjuntas sobre el terreno. Como resultado, en 1996 se creó el Grupo de Líderes Financieros (*Financial Leaders Group*) compuesto por presidentes y directores generales de grandes empresas de servicios financieros (banca y aseguradoras fundamentalmente). Sus recomendaciones formales e informales orientaron las posiciones de los negociadores y contribuyeron de forma significativa a que el actual Acuerdo de Servicios Financieros de la OMC viera la luz en 1997.

II. Poder público y poder privado

14. Las fórmulas de cabildeo de la industria sobre las autoridades estadounidenses han sido un modelo para algunos políticos europeos. De hecho, tras las negociaciones del Acuerdo de Servicios Financieros, la propia Dirección General de Comercio de la Unión Europea optó por replicar el modelo para sus propias consultas con la industria en futuros procesos de liberalización internacional. Así las cosas, en 1998, el Comisario Leon Brittan propuso públicamente la constitución de un grupo de interés especial europeo en materia de servicios y planteó formalmente al propio Buxton (destacado artífice del Grupo de Líderes Financieros) que organizara una plataforma empresarial para dar asistencia técnica a los negociadores europeos en la preparación de las primeras negociaciones del AGCS¹¹.

15. Así, se creó la Red de Servicios Europeos (*European Services Network*), que dio paso ese mismo año al Foro de Servicios Europeos (*European Services Forum*), con sede en las propias oficinas de la patronal europea UNICE en Bruselas. La plataforma fue presentada en un evento patrocinado por la Dirección General de Comercio, el 26 de enero de 1999. En su discurso inaugural, Brittan se ofrecía públicamente a perfeccionar la estrategia europea de negociación definiendo preferencias y objetivos en colaboración con la industria. A resultas de todo ello, en la actualidad, esta plataforma empresarial se ha consolidado como institución de enlace entre el equipo de negociadores europeos y la industria europea de servicios. El Foro de Servicios Europeos tiene así, entre sus funciones y actividades, incidir en la elaboración de la Lista de peticiones y ofertas de la Unión Europea¹².

16. Del mismo modo, otra plataforma empresarial de interés es el Comité sobre Liberalización del Comercio de Servicios británico (LOTIS¹³), dependiente de la IFSL (*International Financial Services London*). Inspirada en el Grupo de Líderes Financieros arriba referido, en su momento fue un sofisticado modelo de coordinación entre industria y negociadores comerciales. La peculiaridad de este Comité y su Grupo de Alto Nivel es que disponen de una estructura híbrida en la que un grupo restringido de representantes gubernamentales y empresarios (presidentes y directores generales de empresas y altos representantes políticos) trabajan de forma conjunta compartiendo información, evaluando y discutiendo estrategias para negociaciones internacionales en curso. El problema es que son excluyentes:

¹¹ Véase A. BUXTON, *Preparatory Conference for the World Services Congress*, Washington DC (2 de junio de 1999) Discurso de presentación.

¹² Sobre los grupos de interés especial en la Unión Europea véase, en especial, J. GREENWOOD, *The Effectiveness of EU Business Associations*, Palgrave, 2002 J. GREENWOOD, *Interest Representation in the EU*, Palgrave Macmillan, 2003.

¹³ LOTIS: Liberalization of Trade in Services.

de hecho, la filtración de sus actas entre abril de 1999 y febrero de 2001, generó fuertes críticas en la sociedad civil al mostrar más de una docena de reuniones a puerta cerrada entre responsables europeos de negociación y grandes empresas europeas...y estadounidenses! (Morgan Stanley, Prudential Corporation o PriceWaterhouseCoopers, entre otras)¹⁴.

17. En suma, los nuevos esquemas de colaboración, diálogo y enlace entre empresas y representantes públicos abren una nueva dimensión al tradicional cabildeo empresarial sobre los poderes públicos al imbricar (y así legitimar) la participación empresarial en el corazón de la propia maquinaria internacional de creación de normas de derecho público. Como resultado, el peso de la industria permea e incluso coopta, a menudo, la defensa del interés público en los actuales procesos de legislación internacional. Sin duda, este fenómeno genera desafíos públicos que exigen reconsiderar y revisar estos procesos.

18. La posición privilegiada que se otorga a la industria en estos esquemas de «partenariado público-privado» suscita serias dudas desde la óptica del interés público. En principio, es evidente que la propia industria es quien mejor conoce el estado real del acceso a mercados en cada sector y, por tanto, es la mejor posicionada para identificar la información oportuna para liberalizar en su favor: la industria puede evaluar de forma efectiva las restricciones a la prestación de servicios y donde centrar, por tanto, las peticiones de compromisos a otro Estado. Sin embargo, la medida de liberalización que se propone o la forma en que se realiza bien pueden no favorecer a la sociedad a la que representa el gobierno negociador. En definitiva, el acceso privilegiado de la industria a estos procesos de creación de normas internacionales puede afectar negativamente a consideraciones de interés público.

19. Sin duda, es evidente que los nuevos esquemas de «partenariado público-privado» inoculan a menudo las agendas de los grupos de interés especial en la actividad legislativa internacional. En esencia, estos procesos tienen como objetivo prioritario liberalizar/facilitar la globalización de los negocios. Por consiguiente, están marcados por una fuerte tendencia a la liberalización que puede inhibir consideraciones de interés público como, por ejemplo, el establecimiento de requisitos de desempeño para la industria; hoy en día prácticamente inexistentes en el derecho internacional.

20. La crítica en cualquier caso es también aplicable a propia OMC dado que su objeto y fin es, en la práctica, gestionar y liberalizar a escala global un conjunto creciente de sectores de la actividad empresarial global. Así las cosas no sólo los gobiernos son asistidos por la industria sino que la propia Secretaría de la OMC asume que comparte objetivos con aquella y, en definitiva, que ambas navegan en el mismo barco. De hecho, la Secretaría no tiene reparos en expresar esta visión públicamente. Valga como botón de muestra el siguiente mensaje del que fuera Director General de la OMC, Supachai Panitchpakdi, a directivos de la industria de servicios estadounidense: «necesitamos una presión consistente por parte del sector privado. Necesitamos gobiernos que entiendan el tipo de intereses que tienen ustedes en la Ronda»¹⁵.

21. Este estado de cosas incentiva la creación de normas internacionales con una *racionalidad restringida*. La aseveración arriba referida encapsula con claridad el complejo escenario al que la globalización de los negocios aboca a la legislación internacional; un escenario en el que lo público y lo privado se difuminan.

22. Desafortunadamente, esta difuminación entre lo público y lo privado no se circunscribe sólo a los procesos de creación de normas internacionales sino que abarca múltiples procesos de la arquitectura institucional global, entre los que, además de la legislación internacional, destacan los arbitrajes

¹⁴ Los textos de las actas, publicadas durante un tiempo en la página oficial de IFSL, pueden consultarse en la actualidad a través del proyecto sobre el AGCS de las organizaciones *Transnational Institute* y *Corporate Europe Observatory* (www.gatwatch.org).

¹⁵ Véase S. PANITCHPAKDI, «The WTO After 10 Years: The Lessons Learned and The Challenges Ahead» *Council of Foreign Relations*, Nueva York (10 de marzo de 2005) intervención.

internacionales entre empresas y Estados o la propia litigación entre Estados (p.e: litigación comercial inter-estatal), entre otros¹⁶.

23. Centrando el análisis en la redacción de normas, no es fácil justificar desde una óptica de interés público un contacto sistemático y regular con la industria si no se otorga el mismo tratamiento al resto de organizaciones sociales. Sin embargo, como es sabido, el acceso a la información y el contacto/asistencia de las organizaciones de la sociedad civil durante estos procesos es significativamente menor y, en ocasiones, incluso nulo o casi nulo¹⁷. Los representantes del poder público otorgan preferencia a la industria.

24. Durante sus regulares contactos formales e informales, industria y negociadores comparten información y socializan visiones y opiniones sobre los contenidos y orientación de la negociación. Lógicamente, estos contactos contribuyen a menudo a definir posiciones estatales «ofensivas» o «defensivas» en el marco de las negociaciones. Desde una perspectiva de acceso al poder público, por tanto, se amplifica el desequilibrio entre la industria y el ciudadano individualmente considerados, así como entre las organizaciones que les representan (redes de organizaciones de la sociedad civil *versus* plataformas empresariales).

25. Esto supone un desafío para la administración global de la cosa pública. Si se compara el trato que se otorga a la industria con el que reciben otros actores, instituciones y colectivos sociales no cabe menos que concluir que a menudo es privilegiado. En este sentido, es razonable equilibrar la influencia de unos y otros en estos procesos de creación de normas o, en su defecto, establecer una moratoria en la liberalización hasta que se implanten protocolos de consultas más equilibrados en la redacción de normas económicas internacionales. Al tiempo, obviamente, los parlamentos nacionales deberían asumir un papel más activo en el equilibrio entre los intereses sociales implicados.

26. En suma, el presente *statu quo* no es una opción. La experiencia del AGCS es un mero (pero claro) botón de muestra de que el papel de la industria en los procesos de legislación internacional debe ser redefinido; y, en particular, dada la creciente aparición de conflictos de intereses (/puertas giratorias) en los procesos de legislación internacional: no deja de ser irónico, por poner un sencillo (pero indicativo) ejemplo, que el propio Comisario Leon Brittan, al abandonar sus responsabilidades públicas en 2001, sucediera de forma automática a Andrew Buxton como Presidente del Grupo de Alto Nivel del LOTIS.

27. Son meros ejemplos del actual estado de cosas. El resultado de este fenómeno de *puertas giratorias* entre el sector público y el privado hace que no siempre sea fácil definir a quién representan los negociadores públicos, en la práctica, en los procesos de negociación de derecho internacional económico. La cuestión tiene importancia porque los compromisos y procesos de liberalización contemplados por sus normas no están libres de controversia social¹⁸.

28. Inevitablemente, la percepción social de que los procesos de creación de normas internacionales están a menudo capturados o cooptados por grupos de interés especial va en aumento. Volviendo la vista al AGCS, estas críticas llevaron a la propia Unión Europea a declarar públicamente que su estrategia negociadora no pretendía obtener compromisos para que otros Estados Miembros de la OMC

¹⁶ Véase, p.e, P. ZAPATERO, «Participación pública y privada en los litigios de la OMC», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2008.

¹⁷ Así, por ejemplo, la industria de servicios realiza un efectivo cabildeo sobre los miembros del Comité del artículo 133, comité encargado de determinar las prioridades de la política comercial europea. De hecho, algunos de los líderes de la industria están informados de modo pormenorizado de las discusiones internas de este órgano aunque sea un formalmente un órgano de deliberación confidencial.

¹⁸ Véase, p.e, *Stop the GATS Attack* (manifiesto firmado en junio de 2001 por más de 400 organizaciones gubernamentales de 50 países) o los documentos de posición de *Public Services International* (federación internacional de sindicatos centrada en la calidad de los servicios públicos) al respecto.

desmantelaran los servicios públicos o privatizaran empresas públicas. Al tiempo, la Unión Europea terminó comprometiéndose a no presentar, por ejemplo, peticiones en sectores sensibles al interés público (p.e: sector sanitario o sector audiovisual). Los motivos son evidentes: algunos sectores críticos de nuestras sociedades se movilizan cada vez con mayor éxito tanto contra los contenidos sustantivos que promueven estos procesos de creación de normas como contra el propio modo en que son negociadas.

29. Estas disfunciones, al tiempo, ponen en primer plano un asunto estructural: la inadecuada imbricación de los parlamentos en la actividad legislativa global. La dimensión global de los asuntos públicos va en aumento y esto exige repensar y modular, hoy en día, la función de gobiernos y parlamentos en los procesos de creación de normas internacionales. Política exterior y legislación internacional van de la mano en este sentido. Sin embargo, los parlamentos siguen limitándose por lo general a definir términos de referencia para la negociación de normas internacionales y, con posterioridad, a convalidar o rechazar en bloque el resultado de las normas negociadas por el gobierno. En el ínterin, sin embargo, los grupos de interés especial pugnan por capturar a aquellos departamentos estatales encargados de la negociación.

30. En definitiva, una mayor presencia de los parlamentos en estos procesos aseguraría una mejor defensa del interés general. En este sentido, desarrollar nuevas herramientas y mecanismos de participación parlamentaria en los procesos de redacción de normas internacionales no implica *per se* que estos se vean paralizados o ralentizados. La solución viene de la mano del diseño institucional, y nuestros poderes públicos debieran impulsar iniciativas experimentales en este terreno, potenciando una presencia funcional de los parlamentos en el seno de estos procesos. Con ello, aumentará sin duda la legitimidad del derecho internacional y la racionalidad en la formulación de políticas públicas globales.

III. El caso de los servicios públicos

31. Una preocupación que suscita el AGCS en este sentido es que su mera existencia, como marco global de negociación, sienta las bases para que la industria se adentre paulatinamente en sectores y actividades centrales/estructurales de la administración pública¹⁹. En principio, el AGCS preceptúa con total claridad que los «servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales» están sujetos a excepciones (artículo I.3.b)²⁰. Esta es una excepción general, por tanto, que afecta de manera cruzada a todos los sectores: el acuerdo define este tipo de servicios como servicios no suministrados «*en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios*» (artículo I.3.c). Es decir, define los servicios en función del modo de suministro (aquellos servicios no suministrados en condiciones de mercado) y no en función de la naturaleza del servicio.

32. La redacción del artículo I.3 hace referencia a servicios prestados por el Estado sobre una «base comercial» y no «en competencia» con otros proveedores de servicios privados. Sin embargo, hoy en día, es difícil encontrar sectores en que no coexistan servicios públicos y privados. Así, para los valedores del AGCS, la coexistencia de suministros públicos y privados en un sector determinado no reduce la posibilidad de prestación de servicios «en ejercicio de facultades gubernamentales» (artículo I.3.c). Sin embargo, si entendemos «competencia» de servicios como «coexistencia» y «posibilidad de sustitución», el artículo I.3.b carecería de sustancia en gran medida como Adlung ya apuntó²¹.

33. Es evidente pues que, de primar determinadas interpretaciones, algunos servicios prestados por el Estado podrían verse excluidos de la caracterización de «gubernamentales» (¿qué implica para

¹⁹ Véase P. ZAPATERO, «El bucle de la Liberalización: Bolkenstein en contexto», *Mercado interior y prestación de servicios*, Marcial Pons, 2008.

²⁰ Los sectores excepcionados incluyen, además de los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales, el sector del transporte aéreo, derechos de tráfico aéreo y servicios directamente relacionados con aquel.

²¹ R. ADLUNG, «Public Services»...op.cit.p.464-465.

el AGCS el pago o copago en un servicio público?). Así, por ejemplo, la introducción de elementos de rentabilidad y competitividad en sectores que operaron como monopolios públicos sin ánimo de lucro podría privarles del estatus de servicios gubernamentales si se consignan compromisos de forma inadecuada en el marco de los Anexos del AGCS²².

34. Estas son algunas de las razones por las que la literatura especializada sobre el AGCS hace referencias a la creación de un «concepto neoliberal de servicios públicos»²³. Al tiempo, esto explica que algunos representantes estatales estén siendo especialmente cautos en la consignación de compromisos en el marco del AGCS. Por ello, la incorporación de compromisos en las Listas ha quedado hasta la fecha por debajo de las expectativas originarias. De hecho, se ha llegado a sugerir la elaboración de un Entendimiento entre los Miembros de la OMC que aclare la disposición del AGCS sobre exclusión de los servicios gubernamentales y sus elementos constitutivos («*en condiciones comerciales*» / «*en competencia*»), con objeto de facilitar la consignación de compromisos²⁴.

35. Del mismo modo, la práctica totalidad de las administraciones modernas incorporan prestaciones privadas de servicios públicos en mayor o menor grado: los poderes públicos emplean cada vez más la contratación pública y/o los partenariados público-privados²⁵ para que el sector empresarial preste, a cambio de una retribución o precio, servicios antes prestados de forma directa por ellos. Así, hoy en día, múltiples actividades de la administración pública se realizan a través de la *prestación mixta de servicios*, combinando todo tipo de elementos públicos y privados. En este sentido, por ejemplo, los márgenes de maniobra de los Estados en el marco de las reglas y Listas de compromisos del AGCS se desdibujan.

36. En principio, los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales no están sujetos a las normas ni a los compromisos sobre acceso a mercado o trato nacional del AGCS. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación del acuerdo. Ahora bien, las cláusulas de excepción que contempla el AGCS para estos servicios sólo cubren en la práctica facultades gubernamentales esenciales. Sin embargo, la mayoría de los servicios prestados por el Estado hoy en día son susceptibles de ser prestados en condiciones comerciales y en competencia con otros proveedores²⁶. Por tanto, los servicios que suministra el Estado en condiciones comerciales y de competencia están sujetos a las demandas y ofertas de liberalización que promueve el AGCS (artículo XIX.1).

37. De esta forma, si el Estado asume compromisos en un determinado sector, rigen las reglas del AGCS en la medida en que no haya consignado limitaciones de acceso a mercado y trato nacional. Así pues, cualquier consignación de compromisos en materias tan sensibles como la salud o la educación, por ejemplo, debe ser definida con especial precisión para no dificultar el acceso universal o la garantía de calidad de estos servicios²⁷. En este sentido, por ejemplo, un compromiso puede ser consignado

²² M. KRAJEWSKI, «Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework», 6 *Journal of International Economic Law* 2 (2003): 358.

²³ Véase, p.e. M. KRAJEWSKI, «Public Services...op.cit.p.359.

²⁴ R. ADLUNG, «Public Services and the GATS», 9 *Journal of International Economic Law* 2 (2006): 469.

²⁵ En relación con estos contratos de largo plazo para la prestación de servicios a la administración (PPP-*Public Private Partnerships*) véase, por ejemplo, desde el sector privado, *Developing Public Private Partnerships in New Europe*, Price-WaterhouseCoopers, 2004 y, desde la Europa comunitaria, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, European Commission, Directorate-General Regional Policy (March 2003) así como *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*. COM(2004) 327 final (30 de abril de 2004). Para una perspectiva desde el FMI véase *Public-Private Partnerships*, Fiscal Affairs Department, IMF (12 de marzo de 2004).

²⁶ M. KRAJEWSKI, «Protecting a Shared Value of the Union in a Globalized World: Services of General Economic Interest and External Trade», *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest Policies within the Services Markets?* J. VAN DE GRONDEN, (Editor), Kluwer Law International, 2009, pp. 212-213.

²⁷ Sobre el AGCS y los servicios sanitarios y educativos véase, respectivamente, *International Trade in Health Services and the GATS: Current Issues and Debates*, Chantal Blouin, Nick Drager y Richard Smith (eds), World Bank and World Health Organization, 2005 y J.A. VANDUZER, «Navigating between the Poles : Unpacking the Debate on the Implications for Development of GATS Obligations relating to Health and Education Services», *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Ernst-Ulrich Petersmann (ed), Oxford University Press, 2005, pp.167-204.

indicando expresamente que se circunscribe a «servicios contratados por empresas privadas» (p.e: servicios de procesamiento y distribución de agua). De esta forma, se excluirían los servicios prestados por autoridades públicas. Sin embargo, el compromiso bien puede también no consignarse con esta cautela...

38. En este punto se produce el problema central: la OMC administra un proceso de liberalización progresiva y las negociaciones que se producen en su seno, por tanto, están abocadas a adentrarse, de forma gradual, en todos los sectores de servicios, incluidos aquellos tradicionalmente prestados por las administraciones públicas. Como indica Krajewski, la estrategia «de arriba a abajo» empleada por el AGCS para consignar compromisos ofrece, en teoría, suficiente espacio regulatorio y flexibilidad para asegurar los servicios públicos²⁸. Ahora bien, el AGCS está basado en la *progresividad* y esto implica un proyecto/proceso de liberalización de servicios a largo plazo, bajo la misma racionalidad liberalizadora que las 8 primeras Rondas de negociaciones del GATT del 47 aplicaron al comercio de servicios.

39. Así, por ejemplo, el denominado «Grupo de Amigos sobre educación» en la OMC (Estados Miembros interesados en liberalizar este sector) presentó la primera petición plurilateral sobre servicios de educación privada a 22 Miembros de la OMC ya en las primeras negociaciones del AGCS: «educación superior privada» (CPC 923**) y «otros» (CPC 929**). Al tiempo, los Estados integrantes de este grupo, presidido por Nueva Zelanda, hacían de la petición una oferta de liberalización por su parte. Para ello, propusieron a los Miembros receptores de la petición consignar el compromiso en Listas adaptándolo a sus necesidades de desarrollo (artículo XIX.2). A estos efectos, por ejemplo, sugirieron metodologías para asumir compromisos sobre «comercio de servicios de educación privada» excluyendo las subvenciones y financiación pública a servicios y proveedores de servicios extranjeros (p.e: servicios de educación concertados)²⁹.

40. Esta petición muestra la lógica de estos procesos de liberalización semi-programada. La función básica de las negociaciones multilaterales en la OMC es la apertura progresiva de «nuevos mercados» a la competencia internacional. Para ello, se implanta un ‘cerco regulatorio’ gradual (modulado por *excepciones*) sobre la pluralidad de sectores y subsectores de la prestación de servicios. Así, a medida que los compromisos de liberalización saturan los nichos de mercado abiertos en el sector privado, aumentará la presión empresarial para que las negociaciones se adentren, de una u otra forma, en los servicios prestados por las propias administraciones públicas. Las empresas tienden a la maximización de beneficios y, por tanto, a percibir los servicios prestados por la administración como un *nicho de mercado* más.

41. Las negociaciones de la OMC en materia de *contratación pública de servicios* son, en este sentido, un vehículo para hacer realidad este proceso. Hoy en día, este es un sector muy atractivo para la industria. En un contexto mundial en que el sector público ha disminuido enormemente en términos agregados, las partidas presupuestarias que las administraciones públicas destinan a la contratación de servicios son lógicamente cada vez más elevadas³⁰. Para la industria global de servicios, por tanto, la contratación pública de servicios es un «nicho de mercado» en que obtener compromisos de los países en desarrollo. De hecho, las presiones de los países desarrollados sobre estos últimos han aumentado en los últimos años.

42. El interés de la propia industria de servicios europea es patente a este respecto³¹. Es más, los negociadores de la Unión Europea llegaron a proponer, en una de sus primeras comunicaciones en las

²⁸ M. KRAJEWSKI, «Public Services...op.cit.p.361.

²⁹ El texto propone para ello evitar definiciones de principio sobre qué es «público» y qué es «privado» en la educación. Propone, por tanto, tratar la educación como un sector más: optando por describir aquello que se pretende comprometer y aquello que no en materia de servicios de educación. Véase *Private Education Services*, Petición plurilateral del Grupo de Amigos sobre educación disponible en la web de la asociación de la industria europea de servicios (www.esf.org).

³⁰ La contratación pública abarca entre el 10% y el 15% del producto interior bruto a escala mundial. En algunos países desarrollados, las estimaciones de partidas presupuestarias asignadas a contratación pública superan ampliamente estas cifras. Véase, p.e, *Guide to the Uruguay Round Agreements*, WTO Secretariat, Kluwer Law International, 1999, p.248.

³¹ P. ZAPATERO, «Dimensiones internacionales de la contratación pública», *Lex Mercatoria y Contratación Pública*, Editorial G.Ibañez, Bogotá, 2006.

negociaciones del AGCS, añadir una cuarta columna (columna de la «Contratación pública») a las tres que componen las Listas de compromisos del AGCS (columnas del artículo XVI, el artículo XVII y el artículo XVIII): «los Miembros de la OMC podrían aprobar el texto de un anexo al AGCS que especificara las condiciones con arreglo a las cuales el AGCS se aplicaría a la contratación pública de servicios. Podría modificarse el artículo XIII del AGCS de manera que haga referencia a ese anexo»³². Con posterioridad, la Unión Europea presentó una comunicación complementaria en la que proponía normas de procedimiento para dicho anexo³³.

43. En principio, el AGCS contempla exenciones en materia de contratación pública de servicios que cubre todos los ámbitos de gobierno: «contratación por organismos gubernamentales de servicios *destinados a fines oficiales* y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial» (artículo XIII.1). Ahora bien, el artículo XIII.2 prescribe la realización de negociaciones multilaterales sobre contratación pública de servicios a partir de 1998. Estas negociaciones operan en paralelo al Acuerdo Plurilateral de contratación pública que, como es sabido, es voluntario para los Estados Miembros de la OMC.

44. El compromiso de negociar en este campo, en sí, ha sido y es una cuestión controvertida. Para los países desarrollados, las negociaciones del artículo XIII cubren la no discriminación, el trato nacional y el acceso a mercado en materia de contratación pública de servicios. No obstante, muchos países en desarrollo han sostenido desde el principio que el mandato de negociación sobre servicios sólo incluye cuestiones de transparencia de la contratación pública. La mera existencia de esta controversia, por tanto, muestra la importancia de los asuntos potencialmente regulables: se discute incluso *qué* materias se ha acordado negociar realmente.

45. El objetivo central de los países desarrollados, partidarios de la inclusión en el mandato, era abrir nuevos mercados para sus empresas en las licitaciones de contratación pública de servicios en países en desarrollo, y someterlas a «criterios de mercado» (neutralidad/mejor valor por el dinero/eficiencia, etc). Por ello, es paradójico constatar cómo las compras de las grandes empresas ignoran estos criterios cuando contratan servicios entre sí: basta recordar el alto porcentaje de comercio intra-firma en el comercio internacional³⁴.

46. Del mismo modo, surgen algunas controversias en materia de subvenciones. Por supuesto, la financiación de los servicios proporcionados en el ejercicio de facultades públicas no constituye una subvención bajo las disciplinas de la OMC. Este es un punto en el que no tendrían que generarse dudas en principio. Sin embargo, pueden producirse resultados no esperados en relación con las subvenciones de empresas de servicios extranjeras: en puridad, si un Miembro consigna compromisos en su Lista del AGCS debe introducir una limitación a la aplicación de la regla del trato nacional si no quiere verse obligado a otorgar subvenciones bajo similares condiciones a proveedores privados extranjeros.

47. En este sentido, los beneficios que otorga la legislación nacional a cualquier empresa de servicios (p.e, acceso a subvenciones, exenciones fiscales) pueden terminar siendo aplicables a empresas extranjeras en virtud de la compleja letra pequeña de cada consignación de compromisos. Entre bromas y veras, el funcionamiento de estos complejos procesos de consignación de compromisos lleva a algunos críticos a sugerir el término «Empresa Extranjera Más Favorecida» (trato EMF), frente al histórico

³² Véase Doc S/WPGR/W/42, *Contratación pública de servicios*, Comunicación de las Comunidades Europeas (22 de mayo de 2003).

³³ Véase Doc S/WPGR/W/52, *Contratación pública de servicios*, Comunicación de las Comunidades Europeas (15 de junio de 2005).

³⁴ Para los Estados Unidos, por ejemplo, estos flujos son del 45-48% en las importaciones y 31-32% en las exportaciones para el periodo entre 1992-2004. Véase A. MAURER y C. DEGAIN, *Globalization and trade flows: what you see is not what you get!*, WTO Economic Research and Statistics Division, 2010, p.10.

trato de «Nación Más Favorecida» (trato NMF), como fórmula imperante en la relación entre Estados³⁵; y no les falta razón.

IV. Practicando la meta-regulación

48. El AGCS es expresión directa pero no aislada de un proyecto político internacional dirigido a la construcción de un gran mercado global de mercancías y servicios³⁶. Bajo este escenario, por ejemplo, los programas de ajuste del FMI y el Banco Mundial han promovido formal e informalmente que aquellos países en desarrollo sometidos a sus condiciones adopten medidas de liberalización autónoma de servicios. En paralelo, conforme al artículo XIX.3 del AGCS, los Miembros de la OMC han establecido modalidades de crédito para reconocer estas medidas de liberalización autónoma en las negociaciones de la OMC. Estas modalidades, acordadas en marzo de 2003, operan como un marco legal general para desarrollar procedimientos bilaterales de negociación que permitan consolidar dichas medidas como compromisos en las Listas nacionales del AGCS³⁷.

49. La estrategia tiene una razón de ser evidente: la presión que ejerce cualquier programa del Fondo o el Banco sobre un Estado desaparece cuando deja de haber tramos de financiación pendientes. Asegurar el compromiso de liberalización, por tanto, requiere iniciativas complementarias. Así pues, la OMC se convierte en el vehículo ideal para anclar de forma definitiva la liberalización promovida por las dos instituciones financieras, dado que las Listas del AGCS consolidan compromisos cuya retirada exige compensación.

50. El AGCS es sin duda una interesante herramienta regulatoria. El sistema multilateral de comercio aspira a entrar en una nueva dimensión regulatoria con él. Sus disposiciones abarcan toda medida doméstica que produzca restricciones al acceso a mercado de proveedores de servicios. Como explicó Renato Ruggiero, siendo Director General de la OMC: «el AGCS provee de garantías sobre un campo de regulación y derecho más amplio que el GATT; el derecho de establecimiento y la obligación de tratar a los proveedores de servicios extranjeros de forma justa y objetiva en todas las áreas relevantes de la regulación doméstica extienden el alcance del acuerdo a áreas nunca reconocidas con anterioridad como política comercial»³⁸.

51. Desde sus inicios, el AGCS ha suscitado dudas sobre los márgenes que otorga a la regulación nacional. De hecho, estas dudas se trataron de despejar sin éxito en el propio Preámbulo del acuerdo que hace mención, de forma directa, al «derecho a regular»: «Reconociendo el *derecho de los Miembros a reglamentar* el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho».

52. No obstante, es evidente que la regulación/reglamentación nacional puede crear obstáculos al comercio conforme a las normas del AGCS, con independencia de que no esté consignada en las Listas de compromisos (requisitos de capital mínimo para empresas, seguros obligatorios de responsabilidad civil, procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas, etc). Por tanto, estas normas estarán sometidas a la jurisdicción de la OMC y, por extensión, a su mecanismo de solución de diferencias vinculantes.

³⁵ L. WALLACH, *Backgrounder on WTO Service Sector Liberalization and Deregulation*, Global Trade Watch, Public Citizen, 2005 (22/5/2005).

³⁶ Véase P. ZAPATERO, «Searching for coherence in global economic policy making», *24 Penn State International Law Review* (3) 2006.

³⁷ Véase Doc TN/S/6, *Modalities for the Treatment of Autonomous Liberalization*, Special Session of the Council for Trade in Services (10 de marzo de 2003) y Doc MTN.TNC/11/Rev.1 y WT/TF/COH/S/1, *Autonomous liberalisation of Trade*, Secretariat Note (18 June 1999).

³⁸ Véase *Towards GATS 2000-a European Strategy*, WTO News: Speeches (2 June 1998).

53. En este punto, por ejemplo, ya existe un conjunto de medidas domésticas en materia de servicios que están prohibidas, de forma expresa, en el AGCS. Así, los Miembros que hayan contraído compromisos de acceso a mercado conforme al artículo XVI tienen prohibido adoptar medidas de restricción en los siguientes ámbitos: (a) número de proveedores, (b) valor de los activos o transacciones, (c) número de operaciones o cuantía de la producción (d) número de personas que suministran el servicio, (e) tipo de persona jurídica y (f) participación de capital extranjero. Estas medidas no se podrán imponer a las empresas de servicios extranjeras salvo que los Miembros hayan consignado lo contrario en su Lista. Esto puede introducir límites importantes en la formulación de políticas públicas no comerciales.

54. El AGCS distingue, de forma meridiana, entre compromisos específicos de liberalización y reglamentación nacional para cumplir objetivos de políticas públicas. Cítense, como mera muestra, la protección del consumidor, el acceso a servicios de calidad, la obligación de acceso universal a suministros esenciales, la integración de personas y colectivos desfavorecidos en el mercado laboral, la creación de empleo en regiones desfavorecidas, la prevención de conductas anticompetitivas y de posiciones de dominio del mercado, el acceso equitativo a servicios con independencia de los ingresos o la ubicación, entre otros posibles contenidos sustantivos de esas políticas. Ahora bien, según contempla este acuerdo, la aplicación de dichos objetivos exige que los reglamentos aplicables sean administrados «de manera razonable, objetiva e imparcial y *no constituyan obstáculos innecesarios* al comercio de servicios». Por tanto, pueden surgir tensiones en la formulación de políticas públicas.

55. El AGCS va incluso más allá y aspira así a disciplinar, de hecho, los propios procesos de creación de normas internas conforme a una serie de criterios predeterminados³⁹. Así, el artículo VI.5 preceptúa que las medidas reglamentarias de los Miembros de la OMC deberán cumplir determinados requisitos mientras el AGCS no desarrolle nuevas normas sobre reglamentación doméstica. Para ello, su apartado *a* establece que en los sectores en que los Miembros hayan contraído compromisos específicos, y «hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores [programa de negociaciones]», éstos no podrán aplicar prescripciones en materia de licencias (p.e: licencias profesionales, licencias de distribución, de manipulación, de emisión...) y títulos de aptitud (p.e: títulos profesionales, acreditaciones y certificaciones de gestión de servicios especiales...) ni normas técnicas (p.e: estándares sanitarios, medioambientales, de consumo, seguridad laboral, gestión...) que «*anulen o menoscaben* dichos compromisos específicos».

56. Así pues, esta disposición contempla como criterios para que la reglamentación no incurra en una anulación o menoscabo de compromisos que *se ajuste a criterios objetivos y transparentes*, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio, que *no sea más gravosa de lo necesario* para asegurar la calidad del servicio y, en el caso de procedimientos sobre licencias, que *no constituya de por sí una restricción al suministro del servicio*. Del mismo modo, añade que pudiera incurrirse en anulación menoscabo si dicha reglamentación «no pudiera razonablemente haberse esperado de ese Miembro» en el momento en que contrajo compromisos en dicho sector.

57. Por último, el apartado *b* incentiva la adecuación de la reglamentación doméstica a estándares internacionales (normalización internacional) al establecer que, para determinar el cumplimiento del anterior apartado (artículo VI.5.a), «*se tendrán en cuenta* las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes». Los límites a la autonomía regulatoria son pues evidentes.

58. De hecho, el programa de negociaciones incorporado en el AGCS tiene entre sus objetivos prioritarios desarrollar normas y disciplinas que fijen este tipo de limitaciones en la reglamentación doméstica. Así, el Consejo del Comercio de Servicios dispone de un mandato de negociación especial sobre reglamentación nacional (definición de normas y disciplinas) conforme al artículo VI.4 en materia

³⁹ P. DELIMATSI, «Due Process and ‘Good’ Regulation Embedded in the GATS—Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS», *5 Journal of International Economic Law* 10 (2006):13-50.

de *títulos de aptitud, licencias y normas técnicas*. En cumplimiento de este artículo, los Miembros están llamados a desarrollar disciplinas (normas) que garanticen que las reglamentaciones domésticas «no constituyen obstáculos innecesarios al comercio de servicios»⁴⁰.

59. Con esa finalidad, se creó *el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*. Las normas y disciplinas a desarrollar han de garantizar que las medidas de reglamentación doméstica en estos campos (a) «se basen en criterios objetivos y transparentes», (b) «no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio» y (c) «no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio» (en casos de procedimientos sobre licencias).

60. El proceso aspira a que las reglamentaciones nacionales apliquen criterios objetivos y transparentes (p.e: competencia y capacidad de suministrar el servicio), no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio (p.e: procedimientos de licencias) y no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio en materia de títulos de aptitud, licencias y normas técnicas. Como resultado directo de la redacción del AGCS, los principios legales básicos contemplados por este grupo de trabajo a la hora de conformar «Disciplinas sobre Reglamentación Nacional» son los siguientes:

- *necesidad* (reglamentaciones que no restrinjan el comercio o sean más gravosas de lo necesario para alcanzar un objetivo específico y legítimo),
- *transparencia* (acceso a la información sobre el proceso de reglamentación y los procedimientos de examen de decisiones administrativas),
- *equivalencia* (toma en consideración de los títulos de aptitud y experiencia obtenida en el extranjero por los proveedores) y
- *normas internacionales* (aceptación de normas internacionales que faciliten la evaluación de los títulos de aptitud extranjeros).

61. Las primeras iniciativas que han sido negociadas en este marco regulan los servicios de contabilidad⁴¹. Estas disciplinas muestran con claridad la posible evolución de este tipo de negociaciones en otros campos (aplicación de la medida menos restrictiva para el comercio). Ahora bien, es evidente que los procesos de armonización en otros sectores, de llevarse a cabo, serán particularmente complejos y controvertidos. En este sentido, las condiciones de prestación de servicios en el territorio de cada Estado son directamente dependientes de normas y estructuras administrativas moldeadas a lo largo de años de historia. De hecho, algunas de estas condiciones pueden incluso asociarse a la propia idiosincrasia o identidad cultural de una sociedad. Negociar en este campo, por tanto, es una tarea compleja, y susceptible de generar controversias sociales.

62. Sin duda, la reforma de algunas reglamentaciones domésticas sobre servicios puede facilitar la razonable participación en el mercado doméstico de competidores extranjeros con similar aptitud y capacitación técnica. Muchos de ellos, hoy en día, se encuentran excluidos *de facto* en la prestación de servicios por las barreras que crean las reglamentaciones de múltiples órganos y agencias administrativas domésticas. Sin embargo, no hay que olvidar que la reglamentación doméstica es un campo muy sensible de las políticas públicas nacionales y su reforma estructural, por tanto, debiera ser tratada cuando menos con cautela. En este sentido, la armonización internacional de los procesos de creación de normas domésticas («Disciplinas de Reglamentación Nacional») equivale *per se* a incurrir en meta-regulación (regular la forma en que regulan los Estados) y, por tanto, es un experimento en toda regla.

⁴⁰ Véase Doc JOB(02)/20/Rev.10, *Examples of Measures addressed by Disciplines under GATS article VI.4*, Informal Note by the Secretariat (31 January 2005).

⁴¹ Véase Doc S/L/64, *Disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad* (17 de diciembre de 1998).

V. Límites a la formulación de políticas

63. Crear Disciplinas que determinan la *forma* (no ya el contenido) en que debe regularse en foro doméstico incide, inevitablemente, en funciones tradicionalmente nucleares del Estado-nación desde una óptica legislativa y de administración pública. Por ello, el mandato contenido en el artículo VI.4 del AGCS suscita algunas dudas y desafíos para la cosa pública que van más allá de los meros títulos de aptitud, licencias y normas técnicas a los que se formalmente se circunscribe. Es difícil aventurar si los Miembros de la OMC tendrán éxito o no en esta tarea, dada su complejidad y sensibilidad política. Ahora bien, no hay duda de que las negociaciones para disciplinar la creación de normas en dicho campo siguen abiertas.

64. No obstante, aunque las negociaciones en el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional se han intensificado desde 2008, sigue habiendo un «desacuerdo fundamental en cuestiones importantes y básicas»⁴². El documento de referencia sobre este asunto es, hoy por hoy, el Proyecto de Disciplinas contenido en el texto del Presidente, de marzo de 2009⁴³. De forma complementaria, destaca el informe de situación de 2011, que disecciona por medio de tres categorías de corchetes los avances en la redacción negociada de los párrafos⁴⁴: acuerdo *ad referendum* (categoría 1), alternativa única (categoría 2) y alternativas múltiples (categoría 3). El documento, destinado a elaborar un nuevo proyecto revisado, aspira a facilitar que todos los párrafos pasen a la categoría 1 y 2⁴⁵.

65. Es difícil aventurar cuál será el resultado final de estas negociaciones. Resalta en particular que siga sin acordarse aún si las Disciplinas deben incorporar como «criterio normativo» las *pruebas de necesidad de la regulación*; uno de los temas más difíciles de las negociaciones, en palabras del propio Presidente. De hecho, como reconoce éste, la inserción en el Proyecto de fórmulas de redacción sobre pruebas de necesidad «*no indica en absoluto* que se haya llegado a un acuerdo sobre el principio ni sobre la inclusión de este tema en las disciplinas, sino que *sirve de marcador de estas propuestas*» (sic)⁴⁶.

66. Sin duda, el AGCS es un acuerdo internacional que se adentra, bajo grados variables de presión empresarial, sobre cuestiones de alta sensibilidad técnica, política y social. En lo que respecta a las cuestiones técnicas, la redacción y consignación de los compromisos y limitaciones negociados en las Listas es crucial y compleja a partes iguales. En este sentido, la negociación, redacción de compromisos y gestión de las listas requiere una alta preparación. El manejo de los compromisos y limitaciones consignadas en las Listas (por sectores, modos de suministro así como compromisos horizontales) exige dominar complejos tecnicismos. En suma, tanto la aplicación del AGCS como la negociación y consignación de nuevos compromisos en sus Listas (liberalización progresiva) requieren una alta cualificación técnica.

67. Así, surgen controversias técnicas sobre el alcance general de los compromisos, sobre la formulación de limitaciones de acceso a mercado o trato nacional, sobre su inclusión en las columnas apropiadas, sobre cuestiones de clasificación de servicios (identificación conforme a la Lista de Clasificación, el número CPC del servicio, etc), sobre la formulación de compromisos adicionales en asuntos regulatorios que superan el ámbito sectorial (artículo XVIII), etc. De hecho, incluso se suscitan controversias de interpretación en torno a los propios modos en que se redacta la consignación, la legalidad o

⁴² Ver Doc TN/S/36, párrafo 2.

⁴³ Véase *Segunda revisión, Proyecto de Disciplinas sobre Reglamentación Nacional*, Nota informal del Presidente, Documento de Sala (20 de marzo de 2009), contenida en Apéndice del Doc TN/S/36 (21 de abril de 2011).

⁴⁴ Véase *Informe de Situación del Presidente del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional*, Doc SWPDR/W/45 (14 de abril de 2011).

⁴⁵ Para contrastar con las propuestas de redacción individualizadas (propuestas de redacción presentadas hasta 23 de marzo de 2011) véase Doc RD/SERV/46/Rev.2, *Nota consultiva del Presidente*.

⁴⁶ Ver Doc SWPDR/W/45, párrafo 14.

no de las notas al pie en Listas, o la elección de la columna en que incorporar unos u otros compromisos y limitaciones, entre otras cuestiones.

68. Estos problemas son de especial importancia, dada la liberalización progresiva que promueve el AGCS. Por este motivo, el propio Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas realizó en su momento un llamamiento público para que la aplicación del acuerdo no limitara el acceso a servicios básicos, por ejemplo⁴⁷. Frente a estas y otras llamadas públicas de atención, los círculos profesionales del sistema GATT/OMC suelen alegar que el AGCS provee de suficiente *flexibilidad* para adaptarse a las necesidades particulares de cada Estado Miembro. Sin embargo, ejercer esta flexibilidad presupone que las administraciones nacionales controlan y están familiarizadas con los tecnicismos del acuerdo y, por supuesto, que dichos Estados no estén sometidos a la presión negociadora de grandes potencias comerciales⁴⁸.

69. En esencia, todo depende de *qué* compromiso se incluye en las listas y, muy en especial, de *cómo* se incluye. Como ya se ha apuntado, el acceso a mercado y trato nacional se otorga a aquellos servicios sobre los que se hayan incluido compromisos en las listas y sólo en la medida en que no se hayan incorporado limitaciones. En este punto, es evidente que la consignación de compromisos puede verse sujeta a fuertes presiones en favor de la liberalización, como resultado directo de ofertas y peticiones de negociación en uno y otros sectores. En la práctica, ésta es la lógica propia del intercambio de concesiones comerciales, del denominado «trade-off» (p.e: acceso a mercados de productos agrícolas y/o textiles a cambio de liberalización de servicios bancarios y/o sanitarios...) que permea el funcionamiento del sistema multilateral de comercio desde su creación en 1947.

70. Por ello, es razonable revisar las condiciones en que avanza la liberalización internacional de servicios antes de que los países en desarrollo, en particular, se adentren en la consignación de nuevos compromisos. Del mismo modo, sería positivo que la Unión Europea reevaluara, caso por caso, el tipo de peticiones solicitadas en los procesos de negociación en materia de prestación de servicios y sus eventuales efectos sociales.

71. La filtración de los borradores de las listas de peticiones de la Unión Europea en el marco de las primeras negociaciones del AGCS, hace ya una década (2002), mostró que las primeras peticiones de liberalización de servicios a 29 Miembros de la OMC se aplicaban a sectores críticos como el agua o la energía, entre otros, sin realizar una evaluación de impactos regulatorios por país. Este defecto no se corrigió en las posteriores peticiones revisadas, ampliadas a más de 100 Miembros y que replican el modelo.

72. En este sentido, las peticiones de liberalización de los negociadores europeos se han llevado a cabo sin evaluar el impacto que la medida tendrá en la sociedad de destino. La Unión Europea presupone, de forma general, que la liberalización es beneficiosa para el desarrollo en el conjunto de sectores sobre los que solicita compromisos. Centra la valoración, por tanto, en la función que el sector o subsector particular desempeña en la hipotética ecuación del desarrollo; en lugar de centrarla en los efectos que la medida de liberalización específica puede tener en cada sociedad.

73. Las peticiones de compromisos deberían venir asociadas a una evaluación de los potenciales efectos sociales de la liberalización. La situación de cada Estado tiene sus propias particularidades y hay que prestar especial atención a sus metas y objetivos de desarrollo específicos. Al tiempo, el éxito en la liberalización de servicios requiere que los países en desarrollo dispongan de instituciones y regulación doméstica que aseguren el correcto funcionamiento de los mercados (supervisores bancarios, agencias de competencia, etc) y, por tanto, del correcto funcionamiento de las propias empresas de servicios extranjeras. Por ello, cualquier petición de liberalización a un país en desarrollo debería ir acompañada de

⁴⁷ *Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, OHCHR (22 de junio de 2002).

⁴⁸ R. ADLUNG, «Public Services...» op.cit. p.460.

compromisos de fortalecimiento institucional y capacitación técnica. Sin ellos, es difícil que sus instituciones públicas gestionen de forma adecuada el proceso de liberalización.

74. Por último, hay que volver finalmente sobre los servicios públicos. En este sentido, es claro que las empresas extranjeras pueden acceder a sectores antes reservados a la administración pública de consignarse compromisos al respecto en las Listas. Es cierto que el acuerdo no impone de manera directa la privatización o deregulación de servicios públicos. Ahora bien, su sistema de Listas opera como una palanca para abrir la competencia entre los servicios públicos y los servicios privados en cualquier sector de actividad estatal (p.e: sanidad, educación)⁴⁹.

75. El foro de negociaciones de la OMC provee, en definitiva, de una herramienta multilateral para que los Estados aumenten las cuotas de mercado de sus industrias. En este escenario, como arriba ya se ha apuntado, la prestación de servicios públicos constituye un nicho de mercado más al que la industria tratará de acceder (p.e: contratación pública de servicios o servicios privatizados con sistemas de reembolso público) a medida que vayan saturándose los nichos de mercado estrictamente privados en unos u otros sectores.

76. Cabe concluir, por tanto, que las negociaciones del AGCS pueden incidir directamente sobre la prestación de los servicios públicos: las Listas fueron diseñadas como punto de partida, para adicionar compromisos de forma progresiva en el marco de un proceso de liberalización basado en normas. El objetivo del AGCS es, al fin y al cabo, la liberalización progresiva del comercio de servicios, abriendo sectores, subsectores y modos de suministro de modo gradual, consignando compromisos. Los propios términos de referencia para las primeras negociaciones del AGCS, por ejemplo, asumían que ningún sector debía quedar excluido de las negociaciones⁵⁰.

77. Al tiempo, como también se ha apuntado, la OMC es un foro de negociaciones multi-asunto y, por consiguiente, las negociaciones sobre servicios están conectados a negociaciones paralelas en otros sectores. Por ello, el tránsito del compromiso «sin consolidar» al compromiso «con» o «sin limitaciones» depende, a menudo, de qué ofertas concretas acompañan en la mesa de negociaciones a cada petición correspondiente. Esta lógica de trueque continuo allana el camino para una progresiva consolidación de compromisos.

78. Es más, la simple y mera existencia de este gran mercado de trueque multi-asunto tiene incidencia sobre los propios procesos de liberalización doméstica o regional. El ejemplo definitorio en materia de servicios es probablemente la propia Directiva Bolkestein⁵¹. De hecho, la propuesta originaria de esta controvertida Directiva expresaba la conexión de modo explícito: «[Las negociaciones del AGCS] ponen de relieve la necesidad de que la UE establezca rápidamente un auténtico mercado interior de servicios para garantizar la competitividad de las empresas europeas y reforzar su posición en la negociación [Ronda de Doha]»⁵².

79. Para terminar, el actual estado de cosas de la liberalización internacional de servicios pone sobre el tapete algunos relevantes dilemas políticos: uno de los más evidentes es que el AGCS ha sido diseñado para que cualquier retirada de concesiones exija realizar concesiones comerciales alternativas en otras áreas (artículo XXI). Por consiguiente, se produce la paradoja de que la retirada de concesiones (unas medidas de liberalización) promueve nuevas concesiones (otras medidas de liberalización). Así,

⁴⁹ Véase, para un estudio institucional sobre el asunto, Doc S/C/W/50, *Servicios sociales y salud*, Nota documental de la Secretaría (18 de septiembre de 1998).

⁵⁰ Doc WT/S/L/93 *Guidelines and Procedures for the negotiations on trade in Services* (28 de marzo de 2001), párrafo II.5.

⁵¹ Véase, en particular, *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest Policies within the Services Markets?* J. VAN DE GRONDEN (Editor), Kluwer Law International, 2009.

⁵² *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior* [SEC(2004) 21] /* COM/2004/0002 final - COD 2004/0001 */.

la modificación de un compromiso consignado en Listas requiere, conforme al artículo XXI, renegociar una *compensación* comercial con los Miembros afectados. Por tanto, el sistema está inteligentemente diseñado como un bucle que ancla a los Estados a la liberalización.

80. Así las cosas, las obligaciones que asumen los Miembros de la OMC en el marco de esta estructura regulatoria dificultan que un cambio de «color» en el gobierno de un Estado modifique sustancialmente el modelo de política económica liberal ya consolidado. Es evidente que este estado de cosas presenta inevitablemente un desafío para las formas de hacer política hoy en día: juridificar a escala global ideas económicas limita en la práctica, con intensidad, las formas de hacer política.

81. En este sentido, el funcionamiento de la estructura regulatoria del AGCS constituye un reto para el juego político derecha-izquierda y, por extensión, para las democracias parlamentarias. Ahora bien, hay que recordar que, en la actualidad, está aumentando el control de la sociedad civil y los parlamentos sobre los compromisos liberalizadores de muchos gobiernos. Si esta tendencia se consolida, el AGCS puede no ser un marco efectivo para la liberalización. Al fin y al cabo, su éxito a medio o largo plazo depende directamente del volumen y calidad de los compromisos que los gobiernos vayan consignando progresivamente en sus anexos.

82. En la actualidad, en cualquier caso, las negociaciones continúan abiertas en las cuatro esferas principales de negociación (acceso a mercados, reglamentación nacional, normas del AGCS y aplicación de modalidades para países menos adelantados), y se impulsan en el marco de sucesivas series de consultas y reuniones bilaterales, plurilaterales y multilaterales. El informe del Presidente del Consejo de Servicios sobre los elementos necesarios para concluir negociaciones⁵³, del mismo modo que la Conferencia de manifestación de intenciones de 2008 (actuales compromisos que los Miembros estarían dispuestos a incluir en sus ofertas de servicios revisadas)⁵⁴, muestran que hay base para alcanzar acuerdos. Por ello, las negociaciones se han intensificado, con avances en las cuatro esferas de negociación⁵⁵.

⁵³ Véase, en particular, *Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios- Informe del Presidente*, Doc TN/S/33, Consejo del Comercio de Servicios / Sesión Extraordinaria (26 de mayo de 2008).

⁵⁴ Véase Doc JOB(08)93 (30 de julio de 2008).

⁵⁵ Véase *Informe del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales-Negociaciones sobre el Comercio de Servicios*, Doc TN/S/36 (21 de abril de 2011).