

Un cepto a la potestad de regular a futuro

La coalición internacional de empresas por el TISA inaugurada en junio de 2014 y conocida como Team TISA (equipo TISA) aboga por un acuerdo ambicioso para el siglo XXI. Eso quiere decir que las normas y compromisos del TISA tienen que ser lo suficientemente flexibles y amplios como para adaptarse a las estructuras cambiantes del capitalismo y a los modos de funcionamiento variables de grandes y poderosas empresas en las décadas venideras. Se quejan de que el AGCS es rígido y que sus listas de compromisos y sus clasificaciones son obsoletas. Cuando se redactaron los textos del AGCS la Internet estaba recién en sus inicios. Nadie podría haber previsto el modo en que Internet se ha desarrollado y cómo eso habría de cambiar el comercio internacional (ni las inquietudes --que ellos no mencionan-- que ha generado respecto a los flujos de información, la privacidad, la estabilidad financiera y la seguridad nacional). Es igualmente imposible prever qué tecnologías surgirán en el futuro, por ejemplo mediante aplicaciones de inteligencia artificial hoy inimaginables. No obstante, Team TISA y los promotores del TISA más agresivos pretenden que los gobiernos prometan que *jamás* reglamentarán los servicios que aún no existen ni regularán las nuevas tecnologías que modificarán la manera en que se suministran los servicios que se han comprometido a someter a las normas del TISA.

El TISA emplea varias técnicas complementarias para llegar a ese fin. Como se ha dicho antes, las normas básicas son las mismas que las del AGCS. La diferencia principal del TISA reside en ***cómo se consignan las listas*** de compromisos de cada país. Respecto a las normas de acceso al mercado el TISA mantiene aún en enfoque del AGCS. Pero una vez que se establecido un compromiso de acceso al mercado, se asume que la norma de no discriminación (trato nacional) se aplicaría automáticamente, y para siempre, a menos que se establezca explícitamente lo contrario.

El enfoque de ***'lista negativa'*** está diseñado para maximizar la supeditación de los servicios a la norma de no discriminación y restringir el margen jurídico de maniobra para establecer nuevas reglamentaciones. Implica poner en riesgo la capacidad y potestades regulatorias del gobierno y dejarlas a merced de errores, omisiones, situaciones imprevistas o impredecibles, o a merced de un gobierno ultra-neoliberal con intenciones de atar de manos a sus sucesores. Las listas negativas son de alto riesgo incluso para gobiernos con mucha experiencia de liberalización, privatizaciones, desregulación y reglamentación acorde al mercado, y que disponen de negociadores experimentados y burocracias bien dotadas de recursos. Los servicios pueden ser distintos en el futuro y pueden requerir medidas diferentes. Además quizás desempeñen un rol económico y social bastante distinto en la economía del futuro, quizás planteen nuevas inquietudes ambientales y culturales, y afecten de manera mucho más negativa a los trabajadores y trabajadoras y las comunidades vulnerables.

Puede ser que a un país se le permita exceptuar por completo un servicio o una medida, lo que en la jerga del TISA se conoce como una ***excepción de 'margen de maniobra en materia de políticas'***. Pero eso solamente se aplica a la norma de no discriminación (trato nacional). El efecto acumulado de la norma de acceso al mercado, sumado a la definición de 'suministro' de un servicio y de una 'medida' que afecta a un servicio, el amplio alcance de algunos de los compromisos sectoriales (por ejemplo servicios informáticos/de computación o servicios de datos) interpretado a la luz del concepto de 'neutralidad tecnológica' o de las tecnologías, podría de todos modos impedir que un gobierno reglamente un nuevo servicio o un nuevo modo de suministrarlo.

Si no se solicita una protección del 'margen de maniobra' o si los otros países que son parte del acuerdo no lo permiten, el gobierno puede pedir permiso para seguir apoyando a sus servicios y proveedores locales al nivel que lo hace en la actualidad (***cláusula de 'suspensión' o de mantenimiento del statu quo***). Eso congela el estado de situación en ese subsector en particular, de

manera que el gobierno no puede adoptar políticas o reglamentaciones más restrictivas, por ejemplo revertir una privatización. Mantener el statu quo aumenta muchísimo el riesgo de fracaso político y social y que las políticas y reglamentaciones fracasen, y puede dejar impotente a un gobierno privándolo de capacidad de respuesta frente a nuevas circunstancias, entre ellas los impactos imprevistos de las tecnologías.

Se aplica entonces la **cláusula de trinquete**: cualquier medida de mayor liberalización que adopte un gobierno queda automáticamente perpetuada hasta tanto que el TISA se mantenga en vigencia. Es irrelevante si el gobierno fue mal aconsejado, imprudente, si actuó por motivaciones ideológicas, si es corrupto o cautivo de las élites empresariales. Esto también habilitaría a un partido político que esté en el poder adoptar un programa de liberalización, desregulación y privatización extremo, a sabiendas de que sus opositores no podrían aplicar un manifiesto político alternativo. Un gobierno futuro más prudente, que busque reequilibrar los intereses sociales y del comercio, o que pretenda impedir la especulación y la corrupción, no podría deshacer lo que hizo el gobierno anterior.

El enfoque de lista negativa es profundamente anti-democrático: le niega a gobiernos democráticamente electos el derecho de cambiar en el futuro sus marcos de políticas so pena de sanciones económicas. Esos riesgos se agudizan para los países del Sur global, constituyendo un ejemplo más de cómo se les priva de las flexibilidades necesarias para su desarrollo, y es el motivo por el cual la mayor parte de ellos hasta la fecha han opuesto resistencia al uso de listas negativas. Cuando un gobierno consigna un compromiso en su lista está por ende jugando a la ruleta y asumiendo un riesgo respecto del margen de maniobra regulatorio que necesita preservar, y lo hace en un contexto de negociaciones que apunta a la máxima liberalización y donde el principio precautorio es anatema.

El concepto de **neutralidad tecnológica** o de las tecnologías ajustaría aún más fuertemente el cepo. Los países que son parte del TISA quieren que todos y cualquier compromiso del TISA se aplique, independientemente de la tecnología que se use para suministrar el servicio, inclusive tecnologías que aún no se habían inventado cuando se consignaron las listas. La neutralidad tecnológica no está escrita en ningún texto jurídico. La idea de que los compromisos son aplicables independientemente de los medios a través de los cuales se suministra un servicio fue planteada en la demanda contra EEUU sobre las apuestas por Internet, y en ese caso el panel de arbitraje dijo que ese principio 'parece ser ampliamente compartido entre los miembros de la OMC'.¹ China argumentó, cuando se defendía de una demanda entablada por EEUU, que ese principio nunca había sido aceptado por los miembros de la OMC; el panel que dirimía esa controversia halló que no era necesario decidir esa cuestión, pero no rechazó la posibilidad.² Los eruditos en la materia sugieren que esa interpretación jurídica sigue siendo discutible.³ Sin embargo, los países que son parte del TISA lo tratan como si fuera un principio vinculante, sin insertarlo formalmente en el texto. Ese enfoque tiene más impacto en el TISA que en el AGCS, en la medida que se espera que los países se comprometan de manera más amplia al suministro transfronterizo de servicios, en momento en que las nuevas tecnologías están evolucionando rápidamente. Si se la acepta, la neutralidad tecnológica magnificaría enormemente los problemas de previsión, ya que es simplemente imposible prever qué problemas o riesgos puede generar una nueva tecnología que requerirían reglamentación en el futuro.

¹ Informe del panel de arbitraje, *US – Gambling*, WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004, párrafo 6.285

² Informe del panel de arbitraje, *China – Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/R, 12 de agosto de 2009, párrafo 7.1257

³ Jia-Xiang Hu, 'When Trade Encounters Technology: The role of the technological neutrality principle in the development of WTO rules', en Bryan Mercurio y Kuei-Jung Ni, *Science and Technology in International Economic Law: Balancing Competing*. Routledge, 2013, 75- 89, at 86

Aceptar la neutralidad tecnológica se torna aún más peligroso si el gobierno no puede insistir en que la entidad que suministra el servicio desde afuera del país tenga presencia comercial dentro del país en cuestión (lo que los empresarios denominan '**presencia local obligada**'), tal y como se propone en el TISA. Esa norma que impediría exigirles presencia local implicaría grandes obstáculos a la posibilidad efectiva de reclamarles jurídicamente responsabilidad civil, a la capacidad efectiva de cobrarles impuestos, a la protección de los consumidores, a la verificación de las aptitudes y la evaluación del cumplimiento de las normas técnicas y profesionales. Las reglas y normas por las que se rigen los proveedores transfronterizos de servicios, entre ellas sus normas laborales, son generalmente las de su país de origen, y a veces las de un tercer país de origen de un subcontratista, de modo tal que los gobiernos efectivamente están cediendo soberanía a los legisladores de otro país.

Tal y como ocurre en el AGCS, sería sumamente difícil y potencialmente muy costoso para un país **modificar su lista de compromisos en el TISA**. Si otro país parte del acuerdo objeta que las haga, el país que quiere modificar su lista tendrá que negociar compromisos de liberalización adicionales a modo de compensación, lo que significa que el costo de la modificación recaerá sobre otros sectores de servicios. Solamente hay un par de ejemplos o casos en lo que esto se ha intentado en el AGCS. En el caso más tristemente célebre, EEUU bloqueó las reformas al sistema de salud en Bolivia, que es uno de los países más pobres del mundo. El gobierno boliviano notificó a la OMC en 2008 que quería modificar su lista de compromisos en el AGCS, que había sido consignada por sus antecesores neoliberales, y restablecer el control público de los servicios hospitalarios, de conformidad con su nueva Constitución. EEUU lo objetó en el último minuto. Eso fue hace casi una década. Presumiblemente EEUU está esperando por un gobierno menos progresista en Bolivia que retire esa solicitud de modificación. Entretanto, su postura es un mensaje claro para cualquier otro país que quiera modificar su lista de compromisos.

Otras normas del TISA restringirían la reglamentación de los servicios, independientemente de lo que haya consignado el país en su lista. Las normas contra la '**localización forzada de datos**' les daría a los proveedores de un servicio el derecho de almacenar en cualquier lugar del mundo los datos asociados a un servicio. Cuáles serían las normas aplicables a esos datos dependería entonces del lugar de ubicación del servidor. Cuando se trata de la 'nube' eso generalmente quiere decir EEUU, cuyas leyes en materia de privacidad son laxas, sus leyes de vigilancia intrusivas y la venta comercial de datos muy extendida. En la práctica podría tornarse imposible para las autoridades acceder a los datos necesarios para monitorear el cumplimiento de sus normas de seguridad o sus leyes laborales por las empresas. Los datos en sí mismos podrían quedar en manos de contratistas tercerizados en otro país que no es parte del TISA. La supervisión y aplicación efectivas dependería de las leyes vigentes en esos países, de la cooperación de sus entes reguladores, del acceso asequible a sus sistemas judiciales y a la disposición de sus tribunales a aceptar jurisdicción.

Las normas del TISA quizás más poderosamente AGCS+ sean las del **capítulo propuesto sobre Comercio Electrónico**, promovidas por Google, Microsoft, Facebook, PayPal y un puñado de megaempresas que controlan la infraestructura digital y las plataformas digitales. Cuando reclaman por una Internet libre y por la libertad de opción de los consumidores, realmente están abogando por su libertad de operar donde quieran y como quieran, sin reglamentaciones --entre ellas las de protección de la privacidad y los consumidores, que ellos consideran como 'obstáculos al comercio'. Esas normas incluyen disposiciones sobre el suministro electrónico de servicios, los marcos regulatorios nacionales del comercio electrónico, el trato no discriminatorio de productos digitales, la prohibición de requisitos de presencia local aplicables a las instalaciones informáticas, la transferencia transfronteriza de información, y el reconocimiento de los documentos y firmas

electrónicos. Ese capítulo complementa los compromisos y normas estipulados en anexos especiales sobre servicios transfronterizos.
