

EL COMERCIO DE SERVICIOS Y EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA⁽¹⁾

Profesor de Relaciones Internacionales, Integración Económica y Tratados Comerciales Internacionales, y
Derecho Empresarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas,

SUMARIO:

- I. Introducción.- II. ¿Qué es comercio?.- III. ¿Qué es servicio?: 1. Crítica a la concepción tradicional del servicio; 2. Construyendo un nuevo concepto del servicio; 3. Proceso productivo del servicio; 4. Tipos de servicio: 4.1. Presenciales; 4.2. No presenciales.- IV. Comercio de servicios: 1. Comercio interno de servicios; 2. Comercio internacional de servicios: 2.1. Transables; 2.2. No transables; 3. Liberalismo versus proteccionismo en el comercio internacional de servicios.- V. El sistema multilateral del comercio internacional de servicios: 1. Alcance y definición del acuerdo general sobre el comercio de servicios GATS; 2. Compromisos generales: 2.1. Cláusula de la nación más favorecida; 2.2. Obligaciones de información y transparencia; 2.3. Seguridad jurídica y reglamentación nacional; 2.4. Posibilidades de reconocimiento de títulos de aptitud; 2.5. Monopolios y proveedores exclusivos; 2.6. Aseguramiento de la contraprestación por los servicios; 2.7. Excepciones por interés público; 3. Compromisos específicos: 3.1. Limitaciones al acceso a los mercados; 3.2. Trato nacional; 3.3. Liberalización progresiva; 4. Solución de diferencias.- VI. Planteando perspectivas.

I. INTRODUCCIÓN

El comercio de bienes ha sido extensamente tratado, sin embargo el comercio de servicios es una dimensión casi inexplorada por la doctrina a pesar de ser una realidad tangible en el intercambio económico, cuya importancia es creciente cuantitativa y cualitativamente.

Aún es difícil para el profesional no especializado en este tema utilizar la frase "comercio de servicios", pues existe una inercia conceptual que lleva a algunos a pensar que el comercio solamente puede predicarse sobre bienes materiales, por cuanto estos son susceptibles de ser almacenados, transportados y entregados, sea al interior de un mercado nacional (si se trata de comercio interior) o sea atravesando fronteras (si se trata de comercio internacional).

La presente entrega tiene por objeto derribar la creencia que el comercio no se predica sobre servicios y lograr que el lector coincida con nuestra constatación sobre que este comercio es una realidad actual y concreta, que requiere ser debidamente estudiada para aprovechar las oportunidades que el sistema multilateral del comercio de servicios presenta.

II. ¿QUÉ ES COMERCIO?

Este es un primer punto necesario que se debe definir para comprender a cabalidad qué es el comercio de servicios. Comercio, en general, es el intercambio que dos agentes económicos (personas naturales o jurídicas) realizan mediante un acuerdo sobre un objeto, una prestación, una condición o un resultado.²

El sistema de comercio más rudimentario que conoce la historia de la humanidad es el trueque, por el cual un agente económico necesitaba encontrar a otro agente que le pudiese proporcionar aquello que el primero necesitaba a cambio de lo que éste le pudiese entregar. En

⁽¹⁾ Miembro del equipo técnico del Gobierno Peruano que desarrolló las negociaciones para un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica, Coordinador de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Anteriormente, abogado de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del mismo organismo. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El autor agradece la especial inspiración prestada por la Dra. Verónica Moreyra Ossa y la Dra. Maía O'Calla.

⁽²⁾ Al respecto, en una línea tradicional de comercio, enfocada sobre bienes, es interesante apreciar el siguiente significado desarrollado por Guillermo Cabanillas: "COMERCIO. Negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro en venta, permuta o compra de mercaderías, (...)".

el contexto del trueque se pueden intercambiar bienes por bienes. Por ejemplo, un pastor podría entregar dos baldes de leche fresca a un agricultor a cambio de un saco de tubérculos. También se podrían intercambiar bienes por servicios. Por ejemplo, el pastor podría entregar sus dos baldes de leche a un barbero a cambio de un corte de cabello y una afeitada completa de barba. Asimismo, realizando un trueque de servicios, el barbero podría, a cambio de un corte de cabello, recibir de un masajista, un masaje completo.

En la actualidad, el trueque es un mecanismo residual de intercambio. La moneda, cumpliendo una función de medio de intercambio, permite la valoración de los bienes y servicios en términos de un tercer bien monetario. Así, todos los bienes y servicios que pueden ser objeto de comercio pueden tener un precio y ser valorados en el mercado por una medida estándar, lo que genera mejor información para los agentes económicos y transparencia en el mercado, lo que, en consecuencia, facilita el intercambio.

El precio, representado en una moneda o en una divisa, permite que un posible demandante de un bien o un servicio aprecie sus valores en términos de todos los demás bienes y servicios, permitiéndole establecer, según la definición de sus prioridades, si elegirá tal o cual bien o servicio para satisfacer sus necesidades y/o deseos.

Un sector de la doctrina señala que se debe diferenciar intercambio de comercio, pues no todo intercambio sería comercio, dado que para que sea tal quien realiza comercio debería realizar determinados intercambios con cierta habitualidad y con finalidad lucrativa. Esta posición tiene importante sustento, por cuanto el adquirente de un bien o servicio para su consumo final no tendría finalidad lucrativa y no realizaría comercio, de la misma manera que quien vende su automóvil para obtener el monto que requiere de inicial para comprarse otro, no tendría habitualidad. Sin embargo, no utilizaremos en esta entrega esta posición ya que su utilidad se restringe, a nuestro juicio, a la determinación del régimen jurídico de los comerciantes para fines tributarios o de planificación estatal, entre otros. Entenderemos, a lo largo de la presente entrega, que intercambio es comercio, pues nos enfocaremos en la naturaleza del acto de intercambio que dos agentes económicos realicen mediante un acuerdo sobre un objeto, una prestación, una condición o un resultado y no en las condiciones, circunstancias y/o motivaciones de los agentes que realizan el intercambio. Enfocaremos principalmente la transacción y, subsidiariamente, sus actores.

III. ¿QUÉ ES UN SERVICIO?

Generalmente se define "servicio" como aquella actividad que produce beneficios a una persona, a un grupo de personas o a una colectividad.² La lengua no especializada ha definido al servicio por oposición al bien, señalando, entre otros, que todo lo que satisface una necesidad y no es un bien, es un servicio.³

Podemos identificar, intuitivamente, la existencia de un servicio en la adquisición de conocimientos que un alumno recibe en una escuela o en una universidad, como consecuencia de la enseñanza de sus maestros. También existen servicios que incluyen, como parte del conjunto

² Al respecto, Guillermo Cabanellas desarrolla el siguiente significado: "SERVICIO: Acción o efecto de servir (v.). / Trabajo. / Actividad. / Promoción, utilidad, beneficio. / Método. / Conjunto de medios, objetos, atenciones que se emplean en una actividad o cooperan a su mejor realización. / Serie de elementos personales y materiales que, debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general o pública (...)" Ver: CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I, Vigésimo sexta edición, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 486. A nuestro juicio, este destacado autor mantiene una visión tradicional sobre el concepto de servicio, visión que criticamos a lo largo del presente comentario.

³ La Real Academia Española tiene como significados de "servicio" los siguientes: "SERVICIO: 1. m. Acción y efecto de servir. / (...) 16. m. Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada. Servicio de correos, de incendios, de reparaciones / (...) 18. m. Función o prestación desempeñadas por estas organizaciones y su personal. / (...) 20. m. Econ. Prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales". Ver en: <http://www.rae.es/> (cita tomada del referido sitio el día 24 de agosto de 2004).

de atributos que ofrecen, la entrega de bienes. Por ejemplo, los servicios de cafetería. El concepto de servicio se revela en la diferencia que existe entre la adquisición de una taza de café luego de introducir una moneda en una máquina estática y el consumo de una taza de café en una cafetería. En este último caso, la taza de café es consumida en el contexto del disfrute de una actividad de atención al público, en una locación equipada con mesas y sillas, ambientadores, música de fondo y gozando de un ambiente confortable. En una cafetería no adquirimos una taza de café como un bien, sino como la consecuencia de un servicio que nos genera mayores beneficios que únicamente el consumo de la taza de café misma.

1. Crítica a la concepción tradicional de servicio

Tradicionalmente, apreciando servicios como el de cafetería, se ha pretendido que los servicios son: i) inmateriales, por cuanto se conforman por una actividad, no siendo tangibles; ii) de consumo simultáneo, por cuanto son gozados al momento y en el lugar en que se produce su prestación; y iii) perecederos y no susceptibles de ser almacenados, como consecuencia de las dos características antes referidas.⁴

Sin embargo, a nuestro juicio y en desarrollo de una concepción de los servicios como objeto del comercio, atribuirles que son predominantemente actividades inmateriales o intangibles, de consumo simultáneo, perecederos y no susceptibles de ser almacenados, no explica con certeza qué son los servicios, pues estas características no se verifican en todos los casos, no siendo muy útiles para construir una definición.

Con respecto a la atribución tradicional que considera que los servicios son inmateriales por cuanto se generan de una actividad que no es tangible, ello no es verificable siempre de modo absoluto, dado que su resultado puede hacerse concreto y puede ser percibido por los sentidos en algunos casos, tales como los servicios de arquitectura que se materializan en los planos elaborados por un arquitecto; los servicios de belleza que se materializan en un teñido de cabello o en las bondades estéticas de una manicura; los servicios de espectáculo artístico materializados en la realización del concierto de un cantante; los servicios de espectáculo deportivo materializados en la ocurrencia de un partido de fútbol ante espectadores y los servicios publicitarios materializados en la realización y difusión de un anuncio, entre otros. El señalamiento que los servicios son intangibles ignora que los efectos de su realización pueden ser percibidos por los sentidos del ser humano.

Por otro lado, con respecto al señalamiento tradicional que los servicios son de consumo simultáneo por cuanto son gozados al momento y en el lugar en que se produce su prestación, ello no es verificable siempre de modo absoluto dado que en algunos casos los servicios pueden consumirse de modo diferido y en lugares distintos al momento y lugar de su prestación. Al respecto, por ejemplo, los servicios de consultoría jurídica que se materializan en el informe que contiene el análisis, las conclusiones y recomendaciones profesionales, se hacen de conocimiento del consumidor en un momento posterior a la finalización del desarrollo del servicio y no necesariamente en el mismo lugar en que se concretó el análisis jurídico. Otro ejemplo son los servicios públicos de suministro de agua potable, pues la ubicación de su prestación se distribuye entre el lugar en el que se toma el agua en su estado natural, el lugar en el que se potabiliza el agua y el conjunto de lugares donde reposa toda la infraestructura de redes que transporta y almacena el agua que se encuentra depositada en las cañerías de una casa, materializando el principio de Arquímedes, se abra o no el grifo. Este servicio se presta de modo continuado, con independencia del momento en que el consumidor abra el grifo y se produzca su consumo.

⁴ Revelando que aún existe esta visión tradicional, se ha planteado sobre los servicios que "Normalmente existe un contacto directo entre la persona que proporciona el servicio y el consumidor. Muchos de los servicios suponen un contacto directo entre las dos partes, como el caso de los abogados, los peluqueros, etc." y que "El producto que recibe el consumidor es a veces denominado intangible: el transporte desde A hasta B, la gasolina que despegue en el depósito sin apagar ser viana, un crédito hipotecario que sólo consiste en una hoja de papel y es la obligación de pagar". Ver: HARRISON, Tony. *Estrategias de comunicación. Técnicas de Publicidad*. Ediciones Deusto / Editora El Comercio, España, 2002, pp. 34 y 36.

Finalmente, y en consecuencia, el señalamiento que los servicios serían perecederos y que no serían susceptibles de ser almacenados es insostenible frente a realidades tales como que el resultado y/o contenido de algunos servicios puede ser almacenado o permanecer en el tiempo a disposición del consumidor. Ejemplos del caso son el servicio de telecomunicaciones en el que el contenido de las comunicaciones telefónicas puede ser almacenado en diversos soportes electromagnéticos (discos compactos, disquetes, etc.); y los servicios médicos que consisten en operaciones extractivas (de amígdalas, vesícula, etc.) y/o de operaciones de trasplantes (de corazón, de riñón, etc.), los que mantienen sus resultados durante toda la vida del paciente.

No es, en suma, de mucha utilidad señalar que los servicios son inmateriales, de consumo simultáneo, perecederos y no almacenables, conforme constatamos según lo expuesto en los párrafos anteriores.

2. Construyendo un nuevo concepto de servicio

Ante la insuficiencia de la concepción tradicional, seguimos a Hill, en cuanto define el servicio como *"el cambio que experimentan las condiciones de una persona o de un bien perteneciente a alguna unidad económica, por efecto de la actividad desarrollada por otra unidad económica, previa aprobación de la primera persona o unidad económica".*⁵ Así, al centrar la atención en el cambio, se evita caracterizar el servicio como *intangible*.⁶

Según este planteamiento, servicio es el cambio que se produce por efecto de una actividad. Desde lo jurídico, la actividad es una prestación de hacer que puede concluir o no con una prestación accesoria de dar un bien (recordemos el servicio de cafetería, al final el consumidor recibe una taza de café que es un bien). Esta definición de incidencia jurídica se complementa con el destino económico de un servicio como producto, dado que un consumidor puede satisfacer algunas de sus necesidades o algunos de sus deseos logrando y ejerciendo acreencias (derechos de disfrute) sobre determinados servicios.

Aceptado lo anterior, podemos preguntarnos, con toda razón, qué significa aquello que aludimos como el cambio que experimentan las condiciones de una persona o de un bien perteneciente a alguna unidad económica, ya que éste es el eje de la nueva concepción de servicio que planteamos.

Cambio en las condiciones de una persona es, por ejemplo, su movimiento de un lugar a otro, variando su ubicación en el espacio como consecuencia del consumo de un servicio de transporte; el corte de su cabello, variando su apariencia como consecuencia del consumo de un servicio de belleza; los conocimientos que adquiere, variando el panorama de sus capacidades y posibilidades personales como consecuencia del consumo de servicios de educación o de servicios de consultoría jurídica; el aseguramiento del riesgo al que está expuesta su salud y sus bienes, variando el valor de su patrimonio como consecuencia del consumo de servicios de seguro; y la satisfacción de beber una taza de café en un agradable ambiente y con una atención apropiada, variando su sensación de bienestar como consecuencia del consumo de servicios de cafetería; entre otros.

⁵ Al precisar que es necesaria la aprobación de la unidad económica que recibe el cambio en las condiciones en una persona o de un bien, se excluye como servicios a los cambios que pueden ser generados por situaciones distintas a las consentidas, por ejemplo accidentes, robos, daños contractuales y daños extracontractuales, etc. Sin embargo, alguien podría señalar que los servicios públicos o servicios que presta el Estado, sin consentimiento expreso de la unidad que se beneficia de ellos, no encajarían en esta definición. Cabe rebatir, señalando que existen también consentimientos tácitos omitidos por la unidad económica que recibe el servicio, al no oponerse a su prestación o al participar de un colectivo social bajo un poder público.

⁶ Cita textual tomada del documento elaborado por Mikio Kuriyama y José Carlos Matos, funcionarios de la Unidad de Comercio Internacional de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el que recogen notas bibliográficas sobre el comercio de servicios: conceptos y principios de liberalización. En este documento citan a HILL, *On goods and services. Review of Income and Wealth*, 23 de diciembre de 1977, pp. 315 a 338. Ver en: <http://www.fta-afca.org/> [cita tomada del referido sitio el día 24 de agosto de 2004].

También podemos ejemplificar el cambio en las condiciones de un bien. Imaginemos que el bien es un automóvil. Cambio en las condiciones de un automóvil es su movimiento de un lugar a otro, variando su ubicación en el espacio como consecuencia del consumo de un servicio de transporte en grúa; el cambio de su color, variando su apariencia como consecuencia del consumo de un servicio de planchado y pintura; la aplicación de accesorios tales como alerones, variando no solamente su apariencia sino también sus capacidades y su versatilidad en el manejo a altas velocidades como consecuencia del consumo de un servicio automotriz de acondicionamiento exterior; la limpieza y encerado de su carrocería, variando sus condiciones de pulcritud como consecuencia del consumo de un servicio de limpieza de vehículos; entre otros.

3. Proceso productivo del servicio

En esta línea, cabe diferenciar el servicio que, como dijimos, es el cambio en las condiciones de personas o bienes del que goza la unidad económica que consume el servicio, del proceso productivo del servicio que es la realización de la actividad que, como prestación de hacer, es la que produce el cambio.

Veamos la diferencia con un ejemplo. Un consumidor que necesita o desea limpiar y encerar la carrocería de un vehículo, logra la variación de las condiciones de pulcritud de ésta como consecuencia del consumo de un servicio de limpieza de vehículos. Este servicio se constituye como tal con independencia de su proceso productivo, pues el consumidor puede lograr el mismo resultado de limpieza mediante diferentes prestaciones de hacer. Así, la carrocería de un vehículo, luego de un lavado y encerado estándar, puede tener el mismo nivel de pulcritud que tendría como consecuencia de que el proceso productivo del servicio consistiese en que tres personas con franelas, baldes de agua, esponjas, ceras y siliconas apliquen movimientos físicos sobre la superficie de la carrocería o como consecuencia de que el proceso productivo consistiese en hacer transitar el vehículo por un túnel, bajo el rocío de agua y la frotación de escobillas mecánicas, en un centro de lavado automático. Así, un servicio como cambio de condiciones (resultado) en una persona o bien, es diferente de su proceso productivo.

Sin embargo, queda claro que el consumidor puede valorar no solamente el servicio como parte del conjunto de atributos que puede satisfacer sus necesidades o deseos, sino también las características del proceso productivo del servicio mismo. En consecuencia, el consumidor y la empresa prestadora del servicio pueden pactar las condiciones del servicio y además las condiciones del proceso productivo.

4. Tipos de servicios

Finalmente, en este punto, y notando la necesidad que en el mercado tiene el agente económico de precisar la ubicación del prestador y del consumidor al momento de la realización del servicio (inquietud que subyace a la visión tradicional de servicio antes criticada), a nuestro juicio, los servicios pueden catalogarse en diversos tipos, principalmente según el criterio de la ubicación del prestador y del consumidor. A saber:

4.1. Presenciales

Son aquellos en los que es necesario que el prestador y el consumidor compartan una misma ubicación al momento en que se produce el cambio en las condiciones de la persona o del bien perteneciente a una unidad económica que consume el servicio. Estos pueden ser, a su vez:

4.1.1. Con desplazamiento del consumidor a la ubicación del prestador

Tales como el consumo de servicios turísticos y hoteleros (visitas a sitios arqueológicos, hospedaje, etc.) y el consumo de servicios educativos con asistencia al centro educativo y el consumo de servicios hospitalarios, entre otros.

4.1.2. Con desplazamiento del prestador a la ubicación que requiera el consumidor

Tales como el consumo de servicios de transporte de personas (taxi, transporte terrestre, transporte aéreo, etc.), el consumo de construcción de edificaciones y el consumo de servicios de limpieza, entre otros.

4.1.3. Con desplazamiento del consumidor o del prestador de modo indistinto

Tales como el consumo de servicios de belleza, el consumo de servicios de cuidado y atención de menores por amas y niñeras, el consumo de servicios de atención por un profesional de la salud y el consumo de servicios de masajes, entre otros.

4.2. No presenciales

Son aquellos en los que no es necesario que el prestador y el consumidor compartan una misma ubicación al momento en que se produce el cambio en las condiciones de la persona o del bien perteneciente a la unidad económica que consume el servicio.

Son servicios no presenciales el consumo de servicios de telecomunicaciones, el consumo de servicios de soporte informático y de aplicación de software, el consumo de servicios de seguros y reaseguros, el consumo de servicios bancarios y financieros, el consumo de servicios de consultoría jurídica y el consumo de servicios de transporte de mercancías, entre otros.

IV. COMERCIO DE SERVICIOS

Probablemente la dificultad de predicar el comercio sobre los servicios se deba a una adaptación idiomática de data relativamente reciente en la lengua española. Nos suena más familiar referirnos a prestación de servicios que referirnos a comercio de servicios. Que la economía se refiera a comercio de servicios y no a prestaciones de servicios se lo debemos a la traducción al español de la palabra *trade* que significa comercio, tráfico y/o negocio.⁷

Los servicios como objeto de comercio, negocio o intercambio, constituyen productos por cuanto son conjuntos de atributos que el consumidor intermedio o final considera como una oferta capaz de satisfacer sus necesidades o deseos. Por ello, en el comercio de servicios, lo frecuente, pero no necesario para que sea tal, será encontrar a una empresa (unipersonal, multipersonal o corporación) como prestadora y a un consumidor intermedio (empresa) o final como adquirente.

1. Comercio interno de servicios

En el comercio interno de servicios, encontraremos que estos serán intercambiados por un precio, mediante un acuerdo entre prestador y consumidor, ambos nacionales, y localizados en el territorio nacional. En estos casos será el ordenamiento jurídico interno el que regule dichas transacciones.

A menos que la actividad sea prohibida en sí misma, en principio existe libertad absoluta en cuanto a la posibilidad de que una empresa se constituya como prestadora de un servicio. Sin embargo, dependiendo de la relación que tenga la prestación de un servicio con el interés público, se le pueden imponer cargas a la empresa.

En consecuencia, existe un primer nivel de cargas de regulación que el Estado exige a las empresas prestadoras de un servicio, referidas a la ubicación de los establecimientos. El Estado evita que la prestación de servicios se realice en zonas inapropiadas o de modo ambulatorio. Por ejemplo, una empresa que desea prestar el servicio de sastrería, deberá obtener la expedición de

⁷ "TRADE. Comercio, Tráfico / (...) / como verbo (to trade), comerciar. Negociar, Traficar". Ver: CABANELLAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor, *Diccionario Jurídico - Law Dictionary*, Tomo I, Helusta, Buenos Aires, 1998, p. 758.

una licencia de funcionamiento otorgada por el gobierno local de la jurisdicción donde desee colocar su taller y/o establecimiento de atención al público. Todo establecimiento comercial debe encontrarse en una zona donde el comercio se encuentre permitido por las normas sobre zonificación.

Existe un segundo nivel de cargas mediante las que el Estado se involucra en la imposición de cargas para asegurar ciertos niveles mínimos en la calidad de un servicio. Por ejemplo, en el caso de los servicios de cafetería o restaurante en los que la empresa prestadora, además de cumplir con las normas del gobierno local que se refieren a la ubicación de su establecimiento, deberá cumplir con normas de salubridad en la elaboración de los alimentos, en resguardo de la salud pública. Otro ejemplo se revela en la prestación de los servicios de educación, en los que el Estado exige condiciones mínimas que aseguren la calidad de los servicios que consuman los alumnos, para evitar que se produzca una defraudación en las expectativas en la formación de las personas.

En el tercer nivel de cargas y/o regulaciones, el Estado se ocupa de supervisar la solvencia y los destinos de la actividad empresarial. Por ejemplo, una institución bancaria que presta servicios financieros no solamente deberá cumplir con ciertos requisitos para su establecimiento y con una calidad mínima en las condiciones de sus servicios, sino que además deberá satisfacer ciertas condiciones en lo que respecta a su capital, solvencia y operaciones. Estas condiciones son auditadas por el Estado para decidir si mantiene la autorización que permite el funcionamiento mismo del negocio, en salvaguarda del patrimonio de los ahorristas.

Finalmente, en el comercio interno de servicios, existe un cuarto nivel de cargas que son las exigidas a los servicios que se prestan a través de redes de distribución o infraestructura que tienen la particularidad de no ser sustituibles, tales como los denominados servicios públicos e infraestructuras de transporte de uso público. En estos casos, el nivel de carga y de regulación es el máximo posible puesto que no solamente se exige que la empresa cumpla con ciertos requisitos para su establecimiento, con calidad mínima en las condiciones de sus servicios y ciertas condiciones de capital y de solvencia, sino que además se le exige cumplir con un nivel determinado de precios, compromisos de expansión del acceso, calidad y cobertura de los servicios, tal como sucede en el caso de las empresas de telecomunicaciones.

En el comercio interno de servicios, cumplidas las cargas que el Estado impone en salvaguarda del interés público, una empresa puede participar en el mercado realizando la prestación de un servicio, sin discriminación o impedimento alguno. Del mismo modo, cualquier consumidor intermedio o final podría decidir realizar una transacción con una empresa para consumir un servicio, sin impedimento alguno.

2. Comercio internacional de servicios

El comercio internacional de servicios se produce cuando uno de los agentes económicos que intervienen en el intercambio, la empresa prestadora o el consumidor intermedio o final, el proceso productivo, el servicio mismo (recordemos la definición planteada en el sentido que "servicio" es el cambio en las condiciones de una persona o de un bien perteneciente a una unidad económica) o la contraprestación por el servicio, proceden, se ubican o se trasladan de un Estado hacia otro.

La Conferencia UNCTAD de 1990 señaló que un intercambio comercial de servicios es considerado internacional en tanto las fronteras de un estado sean atravesadas por uno o varios de los elementos siguientes: "i) bienes; ii) capital; iii) personas; y iv) información. Todos y cada uno de ellos pueden desplazarse para recibir u ofrecer servicios".*

* Cita textual el documento elaborado por Mikio Kameyama y José Carlos Mattos, funcionarios de la Unidad de Comercio Internacional de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el que recogen notas bibliográficas sobre el

Cualquiera de los elementos referidos, al atravesar una frontera en el contexto de un intercambio de servicios, configura un intercambio de índole internacional. Si se trata de un bien que atraviesa la frontera, puede ocurrir que éste sea aquel sobre el cual se producirá o se produjo el cambio en las condiciones. Por ejemplo, es el caso del consumo de servicios de reparación de buques, cuando son llevados desde España hacia astilleros holandeses; o es el caso del bien que contiene el resultado tangible de un servicio, como sería la escultura en mármol que envía un escultor argelino hacia Islandia, como consecuencia de la prestación de servicios artísticos; o como el atado de páginas que contiene el dictamen químico de un laboratorio finlandés que es enviado a Toronto como consecuencia de la prestación de servicios de análisis químico.

También puede ser la contraprestación dineraria o en valores la que atraviese la frontera, tal como ocurriría en el caso de un consumidor que gira un depósito desde el extranjero o puede pagar, si es turista, debitando desde su tarjeta de pago en un establecimiento que cargará el precio desde su cuenta depositada en su país de origen. Si es una persona la que atraviesa la frontera, podría ser que estemos frente al prestador de servicios, como en el caso de una empresa que destaca por un tiempo un equipo de ingenieros desde su país de origen hacia otro, para dirigir la prestación de servicios de construcción de una represa hidráulica; o podríamos estar frente al consumidor, como lo es un turista mexicano que asiste a una ópera en Milán y consume servicios de espectáculo artístico.

Finalmente, si el servicio es no presencial, lo que puede atravesar la frontera no es solamente el capital o los valores asignados como contraprestación, sino la información a través de medios de telecomunicación, vía fax, correo electrónico o vía satélite⁹, tal como ocurre frecuentemente en la prestación de servicios financieros y servicios de asesoría en inversiones.

Por ello, se notará que el comercio internacional de servicios no se relacionará principalmente con la gestión de las aduanas, como sí ocurre en el caso del comercio internacional de bienes. Los servicios, al atravesar las fronteras, no lo hacen por las aduanas, sino por diferentes y distintas vías.

Tal como hemos presentado al comercio internacional de servicios, todo servicio es factible de ser consumido como parte de un intercambio internacional. Sin embargo, es preciso notar que no todos los servicios son en igual medida susceptibles de ser objeto del comercio internacional según su naturaleza, por lo que cabe distinguirlos entre transables y no transables.

2.1. Transables

Los servicios transables son aquellos que por su naturaleza y/o por su precio relativo con respecto a otros, son susceptibles, en mayor grado, de ser objeto de transacciones internacionales. Ejemplos clásicos son los servicios de transporte aéreo o marítimo, los servicios de Internet, los servicios turísticos y hoteleros, los servicios telefónicos de comunicación a larga distancia y los servicios financieros y de seguros en general.

Aunque la naturaleza del comercio internacional de servicios será precisada con mayor

comercio de servicios: conceptos y principios de liberalización. En este documento citan a UNCTAD, *Informe sobre el comercio y desarrollo*, 1998 (UNCTAD/TDR/8/Rev.1), Nueva York, 1990. Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.88.II.D.8. En: <http://www.ftaa-alcu.org/> (cit. tomada del referido sitio el día 24 de agosto de 2004).

⁹ *La comercialización de los servicios se ha perfeccionado con el uso de las telecomunicaciones y la telemática mediante un proceso que abarca niveles múltiples e incluye: i) servicios de información (procesamiento de datos, programas de computación, acceso a base de datos computarizados); ii) con este mejoramiento de la "transparabilidad" de los servicios de información han aumentado sus posibilidades de comercialización; y iii) a la postre, al incrementarse estas posibilidades respecto de estos servicios aumenta la confianza en el funcionamiento de otros servicios internacionales y su rentabilidad, que dependen de la oferta de estos servicios (de informática y telecomunicaciones). Como consecuencia directa de este proceso, muchos servicios que antes se consideraban no comercializables internacionalmente son ahora objeto de comercio".* Cita textual del documento elaborado por Mikio Kuwayama y José Carlos Muñoz, funcionarios de la Unidad de Comercio Internacional de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el que recogen notas bibliográficas sobre el comercio de servicios: conceptos y principios de liberalización. En: <http://www.ftaa-alcu.org/> (cit. tomada del referido sitio el día 24 de agosto de 2004).

detalle en los puntos siguientes, en este punto cabe señalar que los servicios transables son aquellos en los que las empresas que pueden competir son tanto nacionales como extranjeras.

Así, por ejemplo, una pareja húngara que desea disfrutar su luna de miel en un destino turístico tiene como posibilidades, entre otras, visitar Cuzco, Hawai o Islas Canarias para consumir servicios turísticos y hoteleros en cualquiera de estos lugares. Esta circunstancia revela como transables los servicios turísticos y hoteleros que se prestan en el Cuzco. Ocurre algo similar con los servicios financieros que presta el Deutsche Bank en Alemania, dependiendo de las condiciones y de las tasas de retorno, sus servicios compiten en el escenario internacional con el Chase Manhattan Bank de Nueva York y con el Banco de Crédito del Perú, entre otros, frente a un consumidor de servicios financieros.

2.2. No transables

Los servicios no transables son aquellos que por su naturaleza y/o por su precio relativo con respecto a otros, tienen mínimas posibilidades de ser susceptibles de ser objeto de transacciones internacionales. Por ejemplo, un ciudadano australiano difícilmente decidiría consumir un servicio de lustrado de zapatos en Beirut, aunque de hecho, circunstancialmente, si se encuentra en dicha ciudad por un asunto de negocios, puede consumir el referido servicio.

Que un servicio no sea transable no quiere decir que no pueda ser objeto de comercio internacional. De hecho, puede serlo, sin embargo lo sería de modo circunstancial y no por ser una alternativa realmente competitiva. Para el ciudadano australiano de nuestro ejemplo, solamente el costo de trasladarse al aeropuerto de Sydney le representaría un costo mayor que el precio del consumo de lustrado de zapatos. Salvo que nos encontráramos frente a un irracional pero millonario excéntrico, no es una posibilidad que un agente económico realice un viaje para consumir servicios de bajo precio.

3. Liberalismo versus proteccionismo en el comercio internacional de servicios

En el supuesto que un Estado realice una apertura de su mercado para permitir que el comercio de servicios fluya con plena libertad, siempre existiría la preocupación de las empresas nacionales prestadoras de servicios sobre la posibilidad de ver disminuir el número de intercambios que realizan con los consumidores locales (nacionales), como consecuencia del aumento de la competencia.

La mencionada preocupación se centraría en los prestadores nacionales de servicios que ofrecen servicios similares a aquellos que ofrecen los prestadores extranjeros de servicios transables. Digamos que, frente a la apertura en el comercio de servicios, estarían más preocupadas por la competencia que se produciría, las empresas prestadoras de servicios financieros que los barberos, pues los consumidores nacionales podrían tener más posibilidades de elegir un banco extranjero que un barbero extranjero. Los costos de acceder a la oferta de servicios, en ambos casos, son relativamente menos significativas y relativamente más significativas, respectivamente. Para acceder a un banco sueco, un consumidor puede conectarse por internet, pero para acceder a un barbero sueco, el consumidor o el barbero requieren tomar tres vuelos de avión y realizar dos conexiones, con escala, en un lapso mínimo de doce horas.

De la liberalización del comercio de servicios también surgen expectativas, pues otros Estados abren sus mercados. Por ejemplo, los prestadores de servicios informáticos desde nuestro país pueden acceder a prestar servicios de creación, instalación y/o reparación de software a consumidores intermedios o finales ubicados en cualquier otro Estado en el mundo, a través de internet. También los profesionales de la salud nacionales logran posibilidades de viajar y prestar servicios en otros Estados donde su capacidad y los resultados que ésta produce son retribuidos a precios mayores que en nuestro país.¹⁸

¹⁸ En el caso de los profesionales de la salud que viajan a prestar sus servicios, existe un límite entre la exportación de servicios y la migración. Recordemos que un intercambio comercial de servicios es considerado internacional en tanto las fronteras de un Estado

En términos generales, un Estado que liberaliza su comercio de servicios amplía las posibilidades y espectro de consumo de sus ciudadanos, quienes, como consumidores, pueden satisfacer sus necesidades con servicios con mejores niveles de calidad y/o a menores niveles de precio. Asimismo, mejora la posición de sus industrias que requieren de servicios como insumos, dado que éstas pueden también obtenerlos a mejores niveles de calidad y/o a menores niveles de precio, lo que les permite hacer más eficientes sus procesos productivos y, por ende, aumentar su competitividad en el mercado nacional e internacional.

Sin embargo, es importante apreciar y meditar lo que sucede a los prestadores de servicios nacionales que se dedican a la producción de un servicio que puede ser transable en otros Estados y ser objeto de intensa competencia, al abrirse la posibilidad de que se importen servicios similares, sustitutos o competidores en mejores condiciones de precio y/o calidad. Ante esta circunstancia, aparecen dos posturas: la liberal y la proteccionista.

La postura liberal defiende el beneficio de los demandantes de servicios y su derecho a pagar un menor precio y/o a obtener una mayor calidad, como producto del natural objetivo de un agente económico que desea maximizar sus beneficios y minimizar sus costos, en la búsqueda de satisfacción de sus necesidades. Los liberales sostienen que, con la apertura en el comercio de servicios, se beneficia la sociedad en su conjunto, menos, naturalmente, la empresa ineficiente.

Por el contrario, la postura proteccionista defiende el interés y la posición del prestador nacional de servicios, señalando que la importación de servicios similares a los que produce el prestador nacional puede arrebatar puestos de trabajo y liquidar la inversión nacional. A juicio de quienes plantean la protección de los prestadores nacionales de servicios, los ciudadanos tienen dos dimensiones económicas, pues de un lado son consumidores y de otro son trabajadores. Por ello, si pierden esta última condición por ver cerradas las puertas de la empresa para la que trabajan, de nada les servirá tener a su disposición, en el mercado, servicios de menor precio y/o mayor calidad, pues no tendrían poder adquisitivo alguno. Manifestaciones de proteccionismo son la prohibición a la importación de servicios similares a los servicios que se producen localmente y/o el establecimiento de cargas y/o regulaciones exageradamente excesivas para la importación de servicios similares a los que se producen localmente, lo que genera el efecto de erigir barreras y desincentivar las importaciones que significan competencia para la industria nacional.¹¹

Ante esta disyuntiva, ¿qué es lo mejor para un Estado? Por su parte, los proteccionistas postulan básicamente mantener el *status quo*, evitar la liberalización del comercio y proteger a las empresas nacionales que no son lo suficientemente competitivas. A su vez, la postura liberal, además de riesgos, parece que también ofrece a las empresas nacionales algunas oportunidades como consecuencia de la liberalización, presentándoles nuevos y mejores panoramas que las invitan a dedicarse a actividades en la que sí sean competitivas y que puedan ser preferidas por los demandantes de servicios de su Estado e incluso por los de otros Estados, eso sí, siempre y cuando logren tener precios y calidad competitivos, así como capacidad de exportación. La liberalización invita a las empresas a realizar una elección adecuada y a especializarse en las

son atravesadas por bienes, capital, personas y/o información. En este sentido, si el profesional de la salud viaja y se establece con vocación de permanencia en el extranjero y no vuelve a su país, ni envía ni deposita sus honorarios en cuentas nacionales, podríamos estar ya no frente a un intercambio de comercio internacional, sino frente a un intercambio de comercio interno en el que participe un residente emigrante. Así se producen y consolidan las denominadas "fugas de cerebros".

¹¹ En la década de los sesenta, fundamentalmente con respecto a bienes, pero también respecto de servicios, en el Perú y la región se aplicó la doctrina de la sustitución de importaciones, según la cual era imprescindible proteger a la empresa nacional de la competencia extranjera por un tiempo tal que les permitiera crecer y fortalecerse antes de someterse al rigón de una intensa competencia internacional que las hiciera fracasar. Señalaba Raúl Prebisch en 1959: "Nadie ha insistido más fuertemente que nosotros en la necesidad de una política sistemática de sustitución de importaciones en la medida en que la demanda de ellas tiende a crecer en general mucho más rápidamente que las posibilidades de exportación. Habrá que seguir esta política de industrialización con más amplitud. Con mucho más ímpetu que en el pasado". Ver: PREBISCH, Raúl. *El Mercado Común Latinoamericano*. En: Integración y Comercio, número especial, Instituto de Integración para América Latina y el Caribe - INTAL, Buenos Aires, 2006, p. 26.

actividades productivas a las que se dedicarán, pues en un contexto de apertura, la competencia con prestadores de servicios transables de otras latitudes obliga a que los nacionales se dediquen a aquellas actividades en las que su producción de servicios es más competitiva, en combinaciones de precio y calidad, que la que lograrían empresarios en otros Estados.¹²

Incluso si se llegase a sostener que existen Estados que no podrían producir producto alguno (bienes o servicios) en mejores combinaciones de precio y calidad que otro Estado, la teoría liberal responde señalando que, aun si existieran Estados con ventajas competitivas absolutas en todo, estos no se dedicarían a producirlo todo. Los agentes económicos, incluso en estos Estados, elegirían dedicarse a aquellas actividades que, comparativamente entre sí, les generaría la mayor utilidad posible. Es decir, elegirían dedicarse a la actividad que retribuya con mayores beneficios su inversión de trabajo y capital. Por ello, siempre existirán espacios para que otros Estados se dediquen a producir aquello que no producen los Estados con ventajas competitivas absolutas en mayor cantidad de sectores de producción o prestación. En este contexto, los Estados y los empresarios siempre se beneficiarán al elegir una actividad productiva no copada y en la que tengan algún nivel de competitividad que, a su vez, les genere las mayores utilidades posibles, es decir, que retribuya con los mayores beneficios posibles su inversión de trabajo y capital en determinado territorio. Esto les permitirá participar con éxito en la distribución del trabajo internacional.¹³

Por estas consideraciones que parecen aventajar a la posición liberal frente a la proteccionista, así como sobre la base de evidencias históricas que nos permiten apreciar que las economías abiertas en comercio han logrado un mayor nivel de crecimiento económico y de desarrollo relativo, es que la tendencia actual apunta a que los Estados cada vez con mayor intensidad se dirijan a negociar y celebrar tratados multilaterales y regionales dirigidos a asumir compromisos para liberalizar el comercio de servicios.

Sin embargo, cabe señalar que la especialización que plantean los liberales en el modelo económico ideal no necesariamente se condice con lo que ocurre en la realidad, pues cabe tener siempre presente que: *"La especialización productiva de las economías se debe destacar principalmente por dos razones. La primera, ligada con el desarrollo comercial, sostiene que en los últimos veinte años la demanda mundial presenta un claro sesgo a favor de los productos (incluidos servicios) con mayor contenido tecnológico y en contra de los productos básicos. La segunda, más relacionada con teorías de crecimiento, sostiene que el comercio no favorece a todos los países, especialmente si existen actividades con economías de escala, considerables externalidades positivas, acentuadas curvas de aprendizaje, etc."*¹⁴ Lo anterior nos pone de manifiesto que no basta que un Estado se entregue al libre comercio para que el desarrollo aparezca como por arte de magia, sino que, en realidad, la liberalización del comercio debe responder a una estrategia meditada y aplicada en búsqueda de las mejores oportunidades de negocio, pues en algunos sectores de producción las ventajas competitivas no se encuentran dadas por el entorno, sino que se pueden generar por la dotación de infraestructura, inversión en educación y capacitación para la tecnología, que sean desplegadas tanto por el sector público como por el sector privado de los estados.

¹² Esta idea muestra es la adaptación para el comercio de servicios de la clásica teoría de las ventajas absolutas, enunciada por Adam Smith y ejemplificada con respecto al comercio de bienes, que es aplicable a todo tipo de productos, incluidos los servicios, *"por medio de las cuales demuestra la conveniencia para dos países de intercambiar productos cuando cada uno de ellos tenga una ventaja absoluta en la producción de una mercancía que puede dar a cambio de otra que produce con desventaja notoria respecto de otro país"*. Ver: TORRES GAYTÁN, Ricardo, *Teoría del Comercio Internacional*, 2da edición, Siglo Veintiuno, México D.F., 1973, p. 81.

¹³ Este planteamiento muestra es la adaptación para el comercio de servicios de la teoría de las ventajas comparativas planteada por David Ricardo. Sobre esta teoría, Paul Krugman señala: *"Un país tiene una ventaja comparativa en la producción de un bien si el costo de oportunidad de su producción de este bien en términos de otros bienes es inferior en este país de lo que lo es en otros países"*. Ver: KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice, *Economía Internacional - Teoría y Política*, 5ta edición, Pearson Educación, Madrid, 2001, pp. 14 - 15.

V. EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es una Organización Internacional establecida desde 1995 y que actualmente cuenta con 148 Estados Miembros. Las funciones de esta organización son principalmente: i) administrar los tratados internacionales multilaterales sobre comercio internacional de bienes (el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT y los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías), comercio internacional de servicios (el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios - ACGS o GATS) y protección de la propiedad intelectual (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - ADPIC); ii) ser escenario de las sucesivas negociaciones sobre la liberalización en estos sectores; y iii) solucionar las controversias que entre los Estados se produzcan con respecto al cumplimiento de los compromisos que, en este contexto hayan asumido.

Manteniendo el enfoque en lo que concierne a la presente entrega, presentaremos los principales compromisos asumidos por los Estados Miembros de la OMC, incluido el Perú, en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (ACGS o GATS).

1. Alcance y definición del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios - GATS

Si bien en este tratado no se define positivamente qué es "servicio", dejando este concepto a la libertad razonada del intérprete, sí se señalan las modalidades de servicios que se encontrarán bajo el alcance de las normas del tratado, señalando que los servicios pueden ser, según su modo de suministro: a) Transfronterizos: prestados desde el territorio de un Estado Miembro de la OMC al territorio de cualquier otro Estado Miembro (por ejemplo, el servicio de asesoría psicológica prestada a través de Internet); b) Con traslado del consumidor: prestados en el territorio de un Estado Miembro de la OMC a un consumidor de servicios de cualquier otro Estado Miembro (por ejemplo, los servicios turísticos y de hotelería); c) Con traslado y establecimiento del prestador: prestados por un proveedor de servicios de un Estado Miembro de la OMC mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Estado Miembro (por ejemplo, los servicios de edificación y construcción de aeropuertos por parte de un grupo empresarial extranjero); d) Con traslado y presencia de personas físicas: prestados por un prestador de servicios de un Estado Miembro de la OMC, mediante la presencia de personas físicas de un Estado Miembro en el territorio de cualquier otro Estado Miembro (por ejemplo, los servicios de auditoría contable prestados por contadores extranjeros visitantes).¹⁸

¹⁸ Ver: ROCA, Santiago y SIMAJUKURO, Luis, *El Comercio y las Inversiones entre la Unión Europea y América Latina*. En: Características y consecuencias sobre la especialización productiva. ESAN ediciones, Lima, 2003, p. 20. En esta misma obra, cabe citar también sobre la especialización de la producción mundial: "Obviamente, si la evaluación se realiza en términos de utilidades o rentas, los reales ganadores de este nuevo proceso de producción a nivel global son los propietarios de las empresas transnacionales, que mayoritariamente se encuentran en los países industrializados; la excepción del caso es Corea, donde la presencia de la inversión directa extranjera en el sector exportador manufacturero es reducida".

¹⁹ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

"Artículo 1.- Alcance y definición.

(...)

2. A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:

a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;

b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;

c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;

d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.

3. A los efectos del presente Acuerdo:

(...)

b) el término "servicio" comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de funciones gubernamentales;

c) un "servicio suministrado en ejercicio de funciones gubernamentales" significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.

(...)

Conforme a lo establecido por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, éste es aplicable a todas las medidas tomadas por los Estados Miembros de la OMC que, por sí mismos o por delegación de facultades en ejercicio de poder público, afecten al comercio internacional de servicios, en cualquiera de las modalidades que se han descrito en el párrafo anterior. Esta prescripción nos revela que la liberalización del comercio internacional de servicios se instrumenta y se permite mediante actos de poder público, tanto normativos, administrativos como jurisdiccionales, por lo que las medidas que un Estado pueda resolver conforme a sus facultades soberanas deberán ajustarse a los compromisos asumidos en el Acuerdo General sobre el Comercio Internacional de Servicios para evitar limitar la liberalización acordada. De otro lado, el lector adivinará también que el proteccionismo se puede también realizar por la misma vía, a través de actos que implican ejercicio de poder público, por ello es importante que éstos se encuentren bajo el alcance del referido acuerdo.

Podemos dividir los compromisos que contiene el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en: i) generales; ii) específicos; iii) sectoriales; y iv) sobre solución de diferencias. Los compromisos generales son aquellos que comparten todos los Estados Miembros de la OMC por el solo hecho de ser signatarios del acuerdo y se refieren a las condiciones estándar para la liberalización multilateral del comercio de servicios. Los compromisos específicos son aquellos especiales para cada Estado, que fueron definidos como consecuencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay, y que significan una lista detallada (positiva) de sectores de servicios en los que el respectivo Estado se compromete a liberalizar la importación, salvo excepciones expresas que consigne su lista. Los sectoriales son aquellos compromisos que, siendo generales, se predicen para todos los Estados signatarios del acuerdo en determinados sectores, tales como transporte aéreo, transporte marítimo, servicios financieros y servicios de telecomunicaciones, en atención a la importancia que estos revisten como insumos propios del comercio internacional en general, tanto de bienes como de servicios. Los compromisos sobre solución de diferencias, si bien remiten cualquier posible controversia o incumplimiento al sistema contemplado en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, establecen algunas condiciones especiales para la sustanciación de controversias sobre servicios, en atención a la especialidad de la materia. Por motivos de espacio, en la presente entrega nos centraremos únicamente en detallar los principales compromisos generales y específicos, así como en plantear algunos alcances sobre el sistema de solución de diferencias.

2. Compromisos generales

Estos compromisos se aplican a todos los Estados Miembros de la OMC, con independencia del grado de liberalización al que se hayan comprometido en cada uno de los sectores en los que se ha dividido la amplia gama de servicios que existe en el comercio. A continuación reseñamos los principales compromisos generales:

2.1. Cláusula de nación más favorecida

Este es el compromiso de mayor antigüedad en la construcción de disciplinas en el comercio internacional y se dirige a evitar que la liberalización a la que se comprometa un Estado Miembro de la OMC, se otorgue de modo discriminatorio frente a los demás Estados Miembros.

Por esta cláusula, los Estados se comprometen a otorgarse el mejor trato que, en el comercio internacional de servicios, otorguen a otros Estados, miembros o no de la OMC. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios señala:

"Artículo II.- Trato de la nación más favorecida

1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

2. Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo.

3. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán en el sentido de impedir que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.”

Del texto de este compromiso notamos cómo el tratamiento no discriminatorio de los proveedores de servicios de los Estados Miembros de la OMC, se predica sobre “servicios similares” y “proveedores de servicios similares”, lo que nos invita a pensar que “servicios similares” no es lo mismo que “servicios competidores”. A nuestro juicio, la diferencia radica en que mientras los servicios similares proveen un mismo resultado, como consecuencia de un similar proceso productivo, los servicios competidores, con independencia de su proceso productivo, producen solamente un similar resultado.

En aplicación de esta cláusula, por ejemplo, un Estado Miembro de la OMC no puede permitir el ingreso de empresas europeas operadoras de logística portuaria e impedirle el ingreso a una empresa de origen hondureño que presta servicios similares. Deberá abrir su mercado, en iguales condiciones, a todas las empresas de Estados Miembros de la OMC.

Cabe considerar que para esta cláusula existen tres excepciones. La primera son las denominadas exenciones (excepciones al trato de nación más favorecida) que, al momento de la celebración y ratificación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, los Estados hayan pactado (como se pactaría una reserva en un tratado internacional cualquiera). La segunda es la posibilidad de conceder ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios -limitados a las zonas fronterizas contiguas- de servicios que se produzcan y consuman localmente, sin que sea obligatorio otorgar las mismas concesiones a los demás miembros de la OMC. La tercera es la existencia de procesos de integración, conforme señala el acuerdo mismo:

“Artículo V.- Integración económica

1. El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo:

- a) tenga una cobertura sectorial sustancial;¹⁸ y
- b) establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes, en el sentido del artículo XVII¹⁹, en los sectores comprendidos en el apartado a), por medio de:
 - i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes y/o
 - ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación, ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV y XIV bis.

(...)

- 3. a) Cuando sean partes en un acuerdo del tipo a que se refiere el párrafo 1 países en desarrollo, se prevendrá flexibilidad con respecto a las condiciones enunciadas en dicho párrafo, en particular en lo que se refiere a su apartado b), en consonancia con el nivel de desarrollo de los países de que se trate, tanto en general como en los distintos sectores y subsectores;
- b) No obstante lo dispuesto en el párrafo 6, en el caso de un acuerdo del tipo a que se refiere el párrafo 1 en el que únicamente participen países en desarrollo podrá concederse un trato más favorable a las personas jurídicas que sean propiedad o estén bajo el control de personas físicas de las partes en dicho acuerdo.

¹⁸ “Esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de suministro. Para cumplir esta condición, en los acuerdos no deberá establecerse la exclusión a priori de ningún modo de suministro” (Cita proveniente del acuerdo).

¹⁹ Este artículo se refiere al compromiso y cobertura del abanico del trato nacional (Cita añadida por el autor).

4. *Todo acuerdo del tipo a que se refiere el párrafo 1 estará destinado a facilitar el comercio entre las partes en él y no elevará, respecto de ningún Miembro ajeno al acuerdo, el nivel global de obstáculos al comercio de servicios dentro de los respectivos sectores o subsectores con relación al nivel aplicable con anterioridad al acuerdo.*
(...).

Los acuerdos o tratados internacionales que establecen un proceso de integración como el descrito (sean áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, formas avanzadas de integración u otros) permiten a algunos Estados Miembros de la OMC concederse, entre sí, beneficios conducentes a una mayor liberalización del comercio de servicios; beneficios que no se encuentran obligados a extender a los demás miembros de la OMC, lo que los exceptúa de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida.

Los requisitos para que ello ocurra exigen que el proceso de integración posea una cobertura sectorial sustancial en cuanto al número de sectores de servicios sobre los que se realiza la mayor liberalización, al volumen del comercio afectado y a los modos de suministro; así como que se elimine considerablemente la discriminación en el trato referido al comercio de servicios. Estos requisitos deben ser de aplicación más flexible para los Estados en desarrollo. Finalmente, los acuerdos o tratados internacionales que establezcan un proceso de integración no deben elevar las barreras existentes de modo previo para los demás Estados de la OMC que no participan de dicho tratado o acuerdo.

Finalmente, también como excepción particular, cabe anotar que la adquisición internacional de servicios por parte de un Estado Miembro de la OMC puede realizarse de modo discriminatorio y arbitrario, siempre que se realice con fines oficiales y no comerciales (por ejemplo, servicios de mantenimiento de armamento militar). Así lo han acordado expresamente los signatarios del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

**Artículo XIII.- Contratación pública*

1. *Los artículos II, XVI y XVII no serán aplicables a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la 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."*

2.2. Obligaciones de información y transparencia

El conocimiento de las condiciones de mercado para realizar transacciones de comercio internacional de servicios es indispensable para que un prestador de servicios pueda actuar con eficiencia en el mercado, por lo que, entre otras cosas, se exige a los Estados Miembros de la OMC que hagan explícitas las cargas y la regulación sobre establecimiento, calidad mínima en las condiciones de la prestación de servicios, condiciones de capital y/o de solvencia, así como si se exige o no cumplir con un nivel de precios, compromisos de expansión del acceso, calidad y/o cobertura de los servicios. Este conocimiento permite a las empresas que participan del comercio internacional de servicios, elaborar la estructura de costos de los servicios que pueden ofrecer.

Señala textualmente el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios:

**Artículo III.- Transparencia*

(...).

3. *Cada Miembro informará con prontitud, y por lo menos anualmente, al Consejo del Comercio de Servicios del establecimiento de nuevas leyes, reglamentos o directrices administrativas que afecten significativamente al comercio de servicios abarcado por sus compromisos específicos en virtud del presente Acuerdo, o de la introducción de modificaciones en los ya existentes.*

4. *Cada Miembro responderá con prontitud a todas las peticiones de información específica formuladas por los demás Miembros acerca de cualesquiera de sus medidas de aplicación general o acuerdos internacionales (...). Cada Miembro establecerá asimismo uno o más servicios encargados de facilitar*

información específica a los otros Miembros que lo soliciten sobre todas esas cuestiones, así como sobre las que estén sujetas a la obligación de notificación prevista en el párrafo 3. (...)”.

Sin duda, para la penetración de un mercado extranjero, la información referida a las cargas o regulaciones que recaen sobre la prestación de servicios será determinante, con mayor intensidad, en aquellos servicios que se realizan en los modos de suministro con traslado y establecimiento del prestador y con traslado y presencia de personas físicas, por cuanto son los modos en los que el ordenamiento jurídico del importador puede generar un mayor grado de incidencia obstruccionista y/o proteccionista con respecto a la empresa extranjera prestadora de servicios.

2.3. Seguridad jurídica y reglamentación nacional

En este punto, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios se refiere a un tema crucial relacionado con las condiciones de mercado y las actividades comerciales, a poner de relieve que si bien los Estados pueden realizar la apertura de sus mercados mediante compromisos específicos, puede ocurrir que, posteriormente, a través de la aplicación de normas jurídicas o expedición de actos administrativos que sean irrazonables, subjetivos o parciales, afecten la apertura de comercio concedida.

Por ello, el acuerdo establece la obligación de los Estados Miembros de la OMC de evitar estas circunstancias. En atención a lo anterior, podríamos preguntarnos si a través del mecanismo de solución de diferencias de la OMC se podrían revisar pronunciamientos internos de los Estados Miembros. En efecto, la respuesta es sí: el sistema internacional económico contemporáneamente permite tales remedios, en beneficio de asegurar que se mantenga la apertura comercial a la que se comprometió cada Estado.

Se exige a los Estados Miembros de la OMC que dispongan la existencia de procedimientos que permitan a los prestadores de servicios que realicen comercio internacional, la obtención de justicia con respecto a decisiones que afecten su actividad. El acuerdo prescribe:

“Artículo VI.- Reglamentación nacional

1. En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial.

2. a) Cada Miembro mantendrá o establecerá tan pronto como sea factible tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados. (...)

3. Cuando se exija autorización para el suministro de un servicio respecto del cual se haya contraído un compromiso específico, las autoridades competentes del Miembro de que se trate, en un plazo prudencial a partir de la presentación de una solicitud que se considere completa con arreglo a las leyes y reglamentos nacionales, informarán al solicitante de la decisión relativa a su solicitud. (...)

4. Con objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, el Consejo del Comercio de Servicios, por medio de los órganos apropiados que establezca, elaborará las disciplinas necesarias. (...) Dichas disciplinas tendrán la finalidad de garantizar que esas prescripciones, entre otras cosas:

- a) se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio;*
- b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio;*
- c) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.*

5.a) En los sectores en que un Miembro haya contraído compromisos específicos, dicha Miembro, hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores en virtud del párrafo 4, no aplicará prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud ni normas técnicas que anulen o menoscaben dichos compromisos específicos (...)

6. En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos respecto de los servicios profesionales, cada Miembro establecerá procedimientos adecuados para verificar la competencia de los profesionales de otros Miembros."

Conforme expusimos en el punto referido al comercio interno de servicios, se revela que, en el escenario interno, éste se ve impactado por las cargas y regulaciones que el Estado imponga. Por ello, es gravitante que las normas sobre títulos, idoneidad y licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, de modo tal que se establezcan exigencias que excedan una razonable o proporcional protección del interés público en la calidad o condiciones de un servicio.

El objetivo es evitar la imposición de restricciones al comercio de servicios. Una restricción se define como: i) cualquier norma positiva, sin importar su jerarquía, cualquier norma consuetudinaria o cualquier otra norma emanada de las demás fuentes formales de derecho; ii) cualquier conducta, considerando tanto una acción, una omisión o una secuencia concatenada de acciones y/u omisiones; y/o, iii) cualquier acto administrativo o situación de hecho generada por instrucciones, demoras, suspensiones, exigencias u otros análogos que, siendo actuales o potenciales, tengan por efecto dificultar, limitar, prohibir o restringir de modo alguno la importación de un servicio o hacerla más onerosa y que provenga del ejercicio del poder público de un Estado. Restricción al comercio es todo aquello que, no produciéndose en forma de cobro dinerario explícito, genera el efecto restrictivo para el comercio antes señalado de un modo que se exceda la razonabilidad y/o la proporcionalidad en el interés público sobre las condiciones o calidad en la prestación de un servicio.

2.4. Posibilidades de reconocimiento de títulos de aptitud

En el comercio de servicios, la exigencia de aptitudes en el prestador del servicio es una garantía para que el consumidor tenga seguro que el prestador ha cumplido con acreditar una capacidad mínima necesaria para realizar, de modo idóneo, las prestaciones correspondientes para generar el cambio de condiciones en un bien o en una persona que implica un servicio. Por ejemplo, la prestación de servicios médicos y legales requiere, en algunos casos, que el prestador acredite ante el Estado que cuenta con una aptitud mínima profesional, como consecuencia de la finalización de una carrera universitaria que lo revele como apto para ejercer su profesión y prestar servicios idóneos.

También, casos como la prestación de servicios financieros requieren que la empresa acredite ante el Estado el cumplimiento de una serie de condiciones (cargas y regulaciones) que aseguren su aptitud para realizar la prestación de un servicio, de modo tal que no genere peligros para el interés público.

Sin embargo, el requerimiento de licencias, títulos de aptitud y/o de certificados análogos puede convertirse en una restricción para el libre intercambio de algunos servicios. Para evitar ello, algunos Estados han optado por alguna de las tres alternativas: i) reconocer unilateralmente los títulos de aptitud de otro Estado y concederles validez; ii) acordar con otro u otros Estados el reconocimiento mutuo y recíproco de títulos de aptitud para concederles validez mutuamente; o iii) no reconocer los títulos de aptitud de otro Estado y, menos aún, concederles validez.

Frente a estas posibilidades, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios desea evitar que las dos primeras alternativas puedan constituir discriminaciones camufladas que vulneren la cláusula de nación más favorecida, conforme la describimos en un punto anterior, o establecer restricciones encubiertas al comercio internacional de servicios, mediante una negociación

del trato nacional que cada Estado podría otorgar en un determinado sector, según sus compromisos específicos, conforme veremos en un punto posterior. Así:

"Artículo VII.- Reconocimiento

1. A los efectos del cumplimiento, en todo o en parte, de sus normas o criterios para la autorización o certificación de los proveedores de servicios o la concesión de licencias a los mismos (...) los Miembros podrán reconocer la educación o experiencia obtenidas, los requisitos cumplidos o las licencias o certificados otorgados en un determinado país. Ese reconocimiento, que podrá efectuarse mediante armonización o de otro modo, podrá basarse en un acuerdo o convenio con el país en cuestión o podrá ser otorgado de forma autónoma.

2. Todo Miembro que sea parte en un acuerdo o convenio del tipo a que se refiere el párrafo 1, actual o futuro, brindará oportunidades adecuadas a los demás Miembros interesados para que negocien su adhesión a tal acuerdo o convenio o para que negocien con él otros comparables. Cuando un Miembro otorgue el reconocimiento de forma autónoma, brindará a cualquier otro Miembro las oportunidades adecuadas para que demuestre que la educación, la experiencia, las licencias o los certificados obtenidos o los requisitos cumplidos en el territorio de ese otro Miembro deben ser objeto de reconocimiento.

3. Ningún Miembro otorgará el reconocimiento de manera que constituya un medio de discriminación (...) o una restricción encubierta al comercio de servicios."

Como apreciamos, los Estados Miembros de la OMC han pactado, como compromiso vinculante, que la utilización de reconocimientos no será utilizada como un instrumento que distorsione el proceso de liberalización del comercio internacional de servicios. Sin embargo, no han pactado como obligación reconocerse mutuamente los títulos de aptitud; ello dependerá de la voluntad soberana de cada uno. A pesar de ello, el acuerdo edicta (sugiere amablemente) a que los Estados Miembros de la OMC se den igualdad de oportunidades a fin de lograr la mayor homologación posible, en cuanto a reconocimientos, ante situaciones comparables.

La relevancia económica de este asunto es trascendental pues, por poner un ejemplo, ante la apertura de la importación de servicios legales en un Estado centroamericano, un abogado de nuestro país estaría en inferiores condiciones frente a un mexicano para lograr una transacción, si es que el Estado centroamericano reconociera y concediera validez a los títulos profesionales y a las licencias de ejercicio jurídico otorgadas en México y no a las otorgadas en Perú. El abogado de nuestro país necesitaría estudiar, dar exámenes o revalidar títulos en Centroamérica, lo que le generaría inversiones de tiempo y dinero que redundarían en costos mayores que podrían dejarlo fuera de competencia frente al abogado mexicano.

2.5. Monopolios y proveedores exclusivos

Los Estados Miembros de la OMC asumen el compromiso de no permitir que un prestador de servicios en su territorio, que sea monopolista o proveedor exclusivo, que prestadores oligopólicos, o que prestadores regulados que no compiten, generen un trato discriminatorio que vulnere el compromiso de la cláusula de nación más favorecida y/o sus compromisos específicos, en perjuicio de la importación de servicios cuya liberación es implicada por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Expresamente:

"Artículo VIII.- Monopolios y proveedores exclusivos de servicios

1. Cada Miembro se asegurará de que ningún proveedor monopolista de un servicio en su territorio actúe, al suministrar el servicio objeto de monopolio en el mercado pertinente, de manera incompatible con las obligaciones del Miembro en virtud del artículo II y sus compromisos específicos.

2. Cuando un proveedor monopolista de un Miembro compita, directamente o por medio de una sociedad afiliada, en el suministro de un servicio que no esté comprendido en el ámbito de sus derechos de monopolio y que esté sujeto a los compromisos específicos contraídos por dicho Miembro, éste se asegurará de que ese proveedor no abuse de su posición monopolista para actuar en su territorio de manera incompatible con esos compromisos.

(...)

5. Las disposiciones del presente artículo serán también aplicables a los casos de proveedores exclusivos de servicios en que un Miembro, de hecho o de derecho: a) autorice o establezca un pequeño número de proveedores de servicios y b) impida en lo sustancial la competencia entre esos proveedores en su territorio.”

La política de competencia se convierte en un importante asunto en el comercio de servicios, por cuanto existen algunos “servicios insumo” o “servicios plataforma” que son, con respecto a otros, una condición necesaria para que se realice una prestación competitiva. Los típicos casos son los servicios de telecomunicaciones que se prestan mediante redes físicas de distribución o los servicios de energía eléctrica que también se prestan mediante redes. Ambos sectores tienden a constituirse en monopolios; sean de hecho – tanto de particulares como públicos – o concesionados por un Estado en su territorio, pudiendo ser instrumentos que obstaculicen la eficiente prestación de otros servicios en el mercado.

Por ejemplo, en el ámbito del comercio interno, imaginemos la inviabilidad de la prestación de un servicio de reparto de comida a domicilio si es que la empresa que lo presta no cuenta con servicio telefónico fijo. ¿El consumidor podría realizar un pedido? Si el operador monopolístico de servicio telefónico fijo se negara a prestar el servicio a la referida empresa, le restaría capacidades de competencia. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico interno ello estaría penado; sin embargo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios se asegura que evitar estas situaciones sea un compromiso entre los Estados Miembros de la OMC.

2.6. Aseguramiento de la contraprestación por los servicios

Tal como habíamos definido, uno de los elementos que configuraban la prestación de un servicio era el acuerdo de los agentes involucrados en la transacción, de modo tal que éste se producía como consecuencia de una relación contractual de intercambio, en la que de un lado se presta el servicio y de otro, por lo general, se paga un precio.

Para que la liberalización de servicios se produzca conforme los Estados lo han pactado, tanto desde los compromisos generales como desde los compromisos específicos, es imprescindible que los Estados que reciben la importación de servicios no generen trabas, impedimentos, oposiciones, dificultades o prohibiciones para que el pago por los servicios que se importan se pueda materializar efectivamente hacia una empresa prestadora de otro Estado.

Por ello, entre otros, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios señala:

“Artículo XI.- Pagos y transferencias

1. Excepto en las circunstancias previstas en el artículo XII⁹⁹, ningún Miembro aplicará restricciones a los pagos y transferencias internacionales por transacciones corrientes referentes a compromisos específicos por el contratado.

⁹⁹ El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios permite, como excepción, que se apliquen restricciones al comercio mismo de servicios como a los pagos como contraprestación, en caso que el Estado del que se trate se encuentre en una crisis o amenaza de crisis macroeconómica. Señala expresamente:

“Artículo XII.- Restricciones para proteger la balanza de pagos

1. En caso de existencia o amenaza de graves dificultades financieras interiores o de balanza de pagos, no Miembro podrá adoptar o mantener restricciones del comercio de servicios respecto de los que haya contratado compromisos específicos, con inclusión de los pagos o transferencias por concepto de transacciones referentes a tales compromisos. (...)”

2. Las restricciones a que se refiere el párrafo 1:

a) no discriminarán entre los Miembros;

b) serán compatibles con el Convenio Consultativo del Fondo Monetario Internacional;

c) evitarán lesionar innecesariamente los intereses comerciales, económicos y financieros de otros Miembros;

d) no excederán de lo necesario para hacer frente a las circunstancias mencionadas en el párrafo 1; y

e) serán temporales y se eliminarán progresivamente a medida que mejore la situación indicada en el párrafo 1.

(...)”

2. Ninguna disposición del presente Acuerdo afectará a los derechos y obligaciones que corresponden a los miembros del Fondo Monetario Internacional en virtud del Convenio Constitutivo del mismo, incluida la utilización de monedas cambiarias que estén en conformidad con dicho Convenio Constitutivo, con la salvedad de que ningún Miembro impondrá restricciones a las transacciones de capital de manera incompatible con los compromisos específicos por él contraídos con respecto a esas transacciones, excepto al amparo del artículo XII o a solicitud del Fando."

Así, apreciamos que la regla general impide que se apliquen restricciones a los pagos como contraprestaciones por el goce de prestaciones de comercio internacional de servicios, estableciéndose unas pocas, extraordinarias y marginales excepciones, que son las crisis o la amenaza de crisis de balanza de pagos y las situaciones previstas en el contexto del sistema monetario internacional administrado por el FMI.

2.7. Excepciones por interés público

En el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, los Estados miembros de la OMC han expresado, como regla general, que desean lograr la máxima liberalización posible y evitar la discriminación, en tanto ello se revela de la cláusula de nación más favorecida y de los compromisos específicos de cada Estado. Sin embargo, las excepciones por interés público son medidas de naturaleza no económica que, como en el comercio de bienes, también pueden manifestarse a través de restricciones que, por ciertas razones consideradas como importantes por los Estados, son permitidas. Cada una de estas excepciones debe ser analizada individualmente para descubrir su sustento y la motivación que la respalda.

Algunas excepciones no económicas privilegian un interés público de índole social sobre el interés público de índole económico, otras persiguen evitar peligros para la sociedad (preservar la salud humana, animal y vegetal, la seguridad y el orden público, entre otros asuntos considerados de interés nacional) y algunas otras buscan privilegiar expresamente ciertos derechos de propiedad intelectual reconocidos por ley. A saber:

"Artículo XIV.- Excepciones generales

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público⁶;*
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;*
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:*
 - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;*
 - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;*
 - iii) la seguridad;*
- d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;*

⁶ Si un Miembro que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional desea aplicar las disposiciones del presente artículo, la Conferencia Ministerial establecerá un procedimiento de examen y los demás procedimientos que sean necesarios" (Cita citada por el autor).

⁷ La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad.

e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición (...)."

"Artículo XIV (bis)

Excepciones relativas a la seguridad

1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que:

- a) imponga a un Miembro la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o*
- b) impulse a un Miembro la adopción de las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad:*

- i) relativas al suministro de servicios destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;*
- ii) relativas a las materias fisionables o fusionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;*
- iii) aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional (...)."*

Sin embargo, es posible que estas excepciones quieran ser utilizadas como pretextos por algunos grupos de interés conformados por sectores prestadores de servicios nacionales, para persuadir a su Estado para que reestablezca los niveles de protección que hayan perdido como consecuencia de la ejecución de los compromisos contemplados en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Para evitar que ello se produzca, la aplicación de estas excepciones debe responder siempre a un criterio racional y proporcional. En este sentido, por ejemplo, una medida restrictiva que pretenda la protección de la salud de las personas, de los animales y/o de los vegetales o el mantenimiento de la seguridad nacional, debe ser idónea para evitar razonablemente el efecto que se desea evitar, según lo permitido por el acuerdo. Además, éste debe ser proporcional, en el sentido de generar el menor efecto desincentivador del intercambio comercial de servicios. Frente a varias medidas posibles e idóneas para mitigar la afectación a una sociedad, se debe elegir aquella que genere el efecto menos restrictivo para el comercio.

Imaginemos, por ejemplo, que un Estado exporta servicios de consultoría contable presencial, que en este Estado existe una epidemia que afecta a su población y que los posibles mecanismos idóneos para que otros Estados eviten que se propague la epidemia en sus poblaciones son: a) prohibir el ingreso y, en consecuencia, el otorgamiento de visas a los nacionales del Estado que sufre la epidemia; b) establecer como requisito para el ingreso y el otorgamiento de visas que quienes deseen viajar se mantengan en una cuarentena previa a su internamiento en el Estado que los recibe; o c) exigir la acreditación de que han recibido la vacuna que neutraliza la epidemia y que han sido examinados por un médico que certifique la salud, antes de que se produzca su ingreso al Estado que los recibe.

Si asumimos que, en este ejemplo, los tres mecanismos son idóneos por ser razonables para evitar que se propague la epidemia, habrá que encontrar aquel que cumpla mejor con el requisito de proporcionalidad y, por ende, represente una menor restricción al comercio. Al respecto, la primera medida parece ser la más restrictiva pues establece una prohibición absoluta de comercio. Entre la segunda y la tercera, que únicamente establecen restricciones que dificultan el ingreso de los prestadores y, por ende, el comercio, habrá que determinar cuál es la que encarece menos el costo de importación y elegir ésta como la medida apropiada. Parece lógico pensar que la tercera sería la que menor costo generaría. Ésta será la permitida por el acuerdo y no otra.

Finalmente, para que estas restricciones se encuentren legitimadas, no basta con la simple alegación de la causal, pues, de ser el caso, la carga de la prueba de licitud corresponderá al Estado que impone la medida restrictiva. Por ello, dado que estas excepciones son de naturaleza no económica, su licitud está sujeta a la demostración de esta característica, es decir, que no debe responder a finalidades o efectos proteccionistas en favor de la producción nacional del Estado que la impone, sean éstos directos o indirectos.

3. Compromisos específicos

Estos compromisos son individualizados para cada Estado Miembro de la OMC. Se encuentran recogidos en una lista y si bien no son parte del texto completo que uno suele encontrar en los textos del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sí son parte integrante del tratado.

Los compromisos específicos han sido adquiridos por cada Estado como consecuencia de la elaboración de una lista positiva generada en las negociaciones de la Ronda Uruguay. Al final de éstas, los Estados aceptaron determinados niveles de liberalización y apertura para importaciones en diferentes sectores de servicios y en algunas o todas las modalidades de su prestación.

En la referida lista de compromisos específicos, los Estados han graduado el nivel y la intensidad de la liberalización que han concedido, mediante el establecimiento de determinadas limitaciones al acceso a los mercados y limitaciones al trato nacional, fundamentalmente.

3.1. Limitaciones al acceso a los mercados

En principio, cuando un Estado asume un compromiso específico en un determinado sector de servicios, se compromete a liberalizar las transacciones que implican la importación de estos servicios, permitiendo que un residente o nacional consuma un servicio producido por un prestador extranjero.

Sin embargo, los compromisos establecidos por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios permiten que los Estados puedan, como consecuencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay, mantener limitaciones al acceso a los mercados, conforme se detalla en el artículo siguiente:

**Artículo XVI.- Acceso a los mercados*

1. En lo que respecta al acceso a los mercados a través de los modos de suministro identificados en el artículo I, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista²⁰ (de compromisos específicos).

2. En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:

a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;²¹

d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el

²⁰ "Si un Miembro contrae un compromiso en materia de acceso a los mercados en relación con el suministro de un servicio por el modo de suministro mencionado en el apartado a) del párrafo 2 del artículo I y si el movimiento transfronterizo de capital forma parte esencial del propio servicio, ese Miembro se compromete al mismo tiempo a permitir dicho movimiento de capital. Si un Miembro contrae un compromiso en materia de acceso a los mercados en relación con el suministro de un servicio por el modo de suministro mencionado en el apartado c) del párrafo 2 del artículo I, se compromete al mismo tiempo a permitir las correspondientes transferencias de capital a su territorio" (Cita proveniente del acuerdo).

²¹ "El apartado c) del párrafo 2 no abarca las medidas de un Miembro que limitan los ingresos destinados al suministro de servicios" (Cita proveniente del acuerdo).

suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.” (Paréntesis añadido)

En este sentido, en su lista de compromisos los Estados Miembros de la OMC han establecido bajo el sistema de lista positiva (mencionando expresamente) los sectores de servicios y los modos de prestación sobre los que liberalizan la importación de servicios. Sin embargo, en estos sectores y modalidades aún han podido establecer limitaciones, conforme se ha detallado en el artículo XVI antes citado.

Por ello, sea por la cantidad de operadores, la cantidad de transacciones, la cantidad de personas físicas o la limitación de la participación del capital extranjero, o una combinación de estas restricciones, entre otras, la verdadera liberalización del comercio de servicios en el sistema multilateral se encuentra en una fase inicial, que se encuentra en un proceso de profundización que se intensificará como consecuencia de sucesivas rondas de negociaciones en las que los Estados se soliciten y se concedan mutuamente el levantamiento de restricciones al acceso al mercado en diversos sectores de servicios y modalidades de prestación.

Y es que el acceso al mercado es la disciplina más importante en la liberalización acordada entre Estados, por cuanto ella permite que se exija jurídicamente el cumplimiento de lo acordado. Mediante un tratado, los Estados congelan las condiciones de acceso que quedaron signadas en sus compromisos específicos, por lo que, posteriormente, no podrán cambiarlas o desconocerlas frente a empresas de otros Estados Miembros.

A través del Derecho Internacional se ha liberalizado el comercio internacional de servicios y a través del Derecho interno cada Estado puede cumplir con lo pactado o desconocerlo. En el último caso, cabrá que otro Estado que se reputa afectado pueda solicitar el inicio del proceso de solución de diferencias de la OMC. Finalmente, nótese que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro de la OMC es el tensor de la apertura que haya pactado, puesto que todas las restricciones a las que alude el artículo XVI citado se materializan a través de normas de diferente rango o mediante su aplicación por las autoridades públicas competentes.

3.2. Trato nacional

Luego de definir el acceso al mercado en determinados sectores de servicios y en determinadas modalidades de prestación, es de especial importancia conocer si el Estado Miembro de la OMC ha otorgado, en su lista de compromisos específicos, el trato nacional a los prestadores y a la prestación de servicios de los otros miembros de la OMC. Si ha concedido acceso en determinado sector y modalidad, se presume que ha consolidado también el trato nacional, salvo que su respectiva lista señale lo contrario.

El trato nacional es la manifestación interna del principio de no discriminación. El Estado Miembro de la OMC que se compromete a asegurarlo, se encuentra impedido de desplegar tratamientos jurídicos que afecten la competitividad de los servicios que prestan empresas de los otros Estados Miembros de la OMC, en el sector en el que se haya concedido el acceso. Asimismo, el trato nacional se aplica a cualquier reglamentación, no solamente tributaria, sobre la que pueda existir una medida que afecte la competitividad de los servicios que prestan empresas de los otros Estados Miembros de la OMC.

El objetivo del compromiso del trato nacional es evitar que se anule la ventaja concedida por el compromiso de acceso al mercado, mediante medidas proteccionistas que afecten la

competitividad de la prestación del servicio de origen extranjero frente a la prestación del servicio nacional similar.

Al respecto, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios señala:

"Artículo XVII.- Trato nacional"

1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.²²

2. Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro."

Cabe enfatizar que se permite el trato formalmente diferente para los prestadores o para la prestación de servicios extranjeros, frente a la prestación de servicios nacionales similares, en tanto esta situación de tratamiento diferenciado no afecte comercialmente las condiciones de competencia, mediante efectos proteccionistas que dificulten o encarezcan la posibilidad de realizar transacciones o intercambios con el prestador de servicios extranjero.

En este punto podemos citar, por ejemplo, sobre el trato formalmente diferente, la exigencia de certificaciones consulares para acreditar la existencia de determinadas personas jurídicas de origen extranjero, como requisito para operar en un país. Solamente será una vulneración al compromiso de trato nacional si es que a los prestadores de servicios nacionales similares no se les exige acreditar su existencia para prestar el servicio del que se trate. Sin embargo, no será una vulneración de este compromiso si también se le exige este requisito al prestador de servicios nacionales. Naturalmente, en este último caso, al nacional se le exigen certificaciones consulares por la naturaleza de las cosas, mas no para generar efectos proteccionistas.

3.3 Liberalización progresiva

La liberalización en acceso a los mercados de los Estados Miembros de la OMC ha sido, como hemos podido apreciar, "a la carta", dado que éstos han podido modular y/o graduar la intensidad de la liberalización otorgada.

Concientes de ello, los Estados Miembros de la OMC, una vez culminada la Ronda Uruguay, pactaron en el mismo Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios que se iniciarían, cinco años después, negociaciones tendientes a profundizar la liberalización.²³ Estas negociaciones, a la fecha, se encuentran en pleno desarrollo.

²² "No se interpretará que los compromisos específicos asumidos en virtud del presente artículo obligan a los Miembros a compensar desventajas competitivas inherentes que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes" (Cita proveniente del acuerdo).

²³ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

"Artículo XIX.- Negociación de compromisos específicos"

1. En cumplimiento de los objetivos del presente Acuerdo, los Miembros entablarán sucesivas rondas de negociaciones, la primera de ellas a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, y periódicamente después, con miras a lograr un nivel de liberalización progresivamente más elevado. Estas negociaciones serán encaminadas a la reducción o eliminación de los efectos desfavorables de los medidas en el comercio de servicios, como medio de facilitar un acceso efectivo a los mercados. Este proceso tendrá por fin promover los intereses de todos los participantes, sobre la base de ventajas mutuas, y conseguir un equilibrio global de derechos y obligaciones.

(...)

En las negociaciones de la Ronda Uruguay se logró que los Estados de la OMC hicieran apertura de algunos sectores de servicios; sin embargo, a juicio de doctrina especializada, lo que ocurrió en estas negociaciones es que se consolidó aquello que los Estados estaban dispuestos a conceder unilateralmente en acceso al mercado, con o sin Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Esto ha sido útil pues los Estados no podrán alterar unilateralmente, en el futuro, estas concesiones de apertura. Sin embargo, no ha sido suficiente para los objetivos de la OMC, por ello las negociaciones continúan mediante planteamientos *quid pro quo*, que pueden depararnos resultados sorprendentes en los próximos años.

4. Solución de diferencias

Lo interesante del sistema multilateral del comercio de servicios es que cuenta con un sistema de solución de diferencias a su servicio. Éste permite, de ser el caso, que los Estados Miembros de la OMC puedan mutuamente exigirse el cumplimiento de los compromisos que contiene el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, tanto de compromisos generales, de compromisos específicos, como de cualquier otro tipo de compromisos establecidos.

Este sistema permite que los Estados discutan no solamente por incumplimientos jurídicos, sino también por circunstancias sobrevenidas que, no siendo incumplimientos jurídicos, generen la anulación o el menoscabo de una ventaja cuya obtención podía razonablemente haber esperado un Estado Miembro de la OMC, en virtud de un compromiso específico contraído por otro Estado Miembro, a consecuencia de la aplicación de una medida que no está reñida con las disposiciones del Acuerdo.

El sistema de solución de diferencias contempla dos fases principales. En una primera fase se realizan consultas, que son intercambios de información y exhortaciones mutuas a fin de que cese determinada circunstancia que -a juicio de un Estado Miembro de la OMC- sea un incumplimiento de los compromisos adquiridos según el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios o sea una anulación o menoscabo de las ventajas que otro Estado haya concedido.

En la segunda fase se produce el planteamiento de una controversia, si la primera fase no permitió la solución. Aquí se puede contar con dos instancias: una primera que implica el establecimiento de un grupo especial (corte arbitral) conformado por profesionales especialistas en comercio internacional, que emite un informe y, si encuentra que alguna medida es incompatible con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, da recomendaciones al Estado cuestionado. Las partes pueden cumplir las recomendaciones o alguna puede apelar el informe, con lo que el caso pasa a conocimiento del Órgano Permanente de Apelación quien, en segunda fase, emite también un informe y, también, de ser el caso, recomendaciones para el Estado cuestionado.²⁴

En caso que no sean aplicadas las recomendaciones que se emitan para el Estado cuestionado, los Estados Miembros de la OMC, reunidos como el denominado "Órgano de Solución de Diferencias", luego de aprobar el informe respectivo,²⁵ podrían autorizar al Estado o a los Estados afectados por las medidas de otro, a compensar o a suspender las concesiones que le hayan

²⁴ Cabe anotar sin embargo que la experiencia es escasa en la solución de diferencias en lo concerniente al comercio internacional de servicios, por lo que se mantiene vigente el señalamiento de Friedl Weiss: "In the absence of a 'critical mass' of specific panel practice on the GATS and its sectoral annexes, any legal analysis of the GATS system of dispute settlement involves a delicate balancing act between abstract generalization from GATT panel practice and idle speculation" Ver CAMERON, James y CAMPBELL, Karen, *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, Londres, 1998, p. 148. Así, desde la especialización, la facilidad con que se presentan las apelaciones por ausencia de requisitos filtro, permitiría que exista "un riesgo potencial de que la apelación se convierta en el procedimiento ordinario para resolver definitivamente la diferencia", sin embargo "el hecho de que el Órgano de Apelación ejerza las funciones de un verdadero tribunal internacional y que las apelaciones deban limitarse a cuestiones de Derecho, introduce un cambio radical hacia una solución (...) jurisdiccional" Ver MONTAÑA MORA, Miquel, *La OMC y el fortalecimiento del Sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 129 y 130.

²⁵ La única posibilidad de que no se adopte un informe se presentaría si todos los Estados Miembros de la OMC deciden por consenso no adoptarlo, situación que es sumamente difícil e improbable.

otorgado y de las cuales disfruten las empresas del Estado cuestionado. Así se busca persuadir al Estado cuestionado a cumplir con sus compromisos y evitar no solamente el descrédito internacional, sino también el perjuicio para sus empresas.

VI. PLANTEANDO PERSPECTIVAS

La presente entrega no tiene pretensiones de ser un estudio acabado sobre el comercio de servicios y el sistema multilateral que tiene por objeto lograr su institucionalización y su progresiva liberalización. Sin embargo, sí intenta introducir al lector a una temática relativamente nueva que presenta múltiples retos al operador jurídico, tanto desde el Derecho interno como desde el Derecho internacional.

El comercio, desde la perspectiva contemporánea, se ha deslindado del eje de los bienes para incorporar a los servicios como objeto de las transacciones internacionales. Para comprender la dinámica del comercio de servicios, necesitaremos comprender su naturaleza, las características de su transacción y cómo se identifica ésta con los actos de exportación e importación.

Las perspectivas del comercio internacional de servicios, desde su importancia económica, van en aumento, pues cada vez representan mayores montos en las balanzas comerciales de los Estados y forman parte importante de los planes de gobierno, por ejemplo, como cuando se menciona que el aumento de visitas turísticas puede ser un factor para el crecimiento económico y el desarrollo.²⁸

Sin embargo, a nuestro juicio, el reto más importante se presenta en el escenario de la construcción de mercados ampliados que signifiquen integración económica, tales como los que plantea nuestro país desde la Comunidad Andina o como los que desea establecer mediante la negociación de Tratados de Libre Comercio con diferentes Estados, entre los cuales el más importante es, por las dimensiones de su mercado, Estados Unidos de América. En los mercados ampliados adquieren especial importancia las transacciones en comercio de servicios, pues las negociaciones los incluyen y necesariamente plantean objetivos de liberalización más intensos y profundos que los compromisos específicos asumidos por un Estado en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

²⁸ Al respecto, "las exportaciones de servicios representan en la actualidad (...) el 20% de las exportaciones mundiales. Aunque la participación de los países en desarrollo en las exportaciones de servicios es relativamente pequeña (...) Se prevé, pues, que el comercio internacional de servicios crecerá rápidamente, y es posible, pensar algunos que supere al comercio de bienes en los próximos 10 años." Ver: CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL/UNCIAD/OMC Y COMMONWEALTH SECRETARIAT, *Guía de la Ronda de Uruguay para la Comunidad Empresarial*, Ginebra, 1996, pp. 288 y 289.

KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice, *Economía Internacional – Teoría y Política*, 5ta edición, Pearson Educación, Madrid, 2001, pp. 14 – 15.