

Análisis del texto del TISA sobre Transparencia de fecha 23 de enero de 2015 (versión actualizada del texto sobre transparencia del 16 de abril de 2014).

La ironía es evidente cada vez que los gobiernos asumen compromisos de "transparencia" en el marco de tratados que se negocian en condiciones de secretismo absoluto a favor de las empresas. El TISA es uno de los ejemplos más extremos, ya que las Partes se comprometen a mantener en secreto los documentos durante cinco años tras la finalización del acuerdo o el abandono formal de las negociaciones.¹ Algunos gobiernos ya están publicando sus documentos propios y conjuntos; otros se esconden tras el pacto de secretismo y se niegan a rendir cuentas.

'Transparencia' en este texto del TISA significa garantizar que los intereses comerciales, especialmente pero no solo de las empresas transnacionales, puedan acceder e influenciar las decisiones de los gobiernos que afecten sus intereses - derechos y oportunidades que pueden no estar disponibles para las empresas locales o ciudadanos nacionales. Quizás quieran cambiar o evitar que avancen las decisiones gubernamentales que no sean de su agrado, o se movilicen para apoyar aquellas que son impugnadas.

Los capítulos o disposiciones sobre 'transparencia' son cada vez más comunes en los tratados de libre comercio e inversiones recientes. Además habrá disposiciones sobre 'transparencia' en algunos anexos específicos del TISA, tales como el de servicios financieros² o el de reglamentación nacional,³ que imponen cada vez más obligaciones a los gobiernos.

La influencia que ejercen las empresas extranjeras sobre los gobiernos ya es un asunto sensible en muchos países. El TISA agregaría más oportunidades de influencia que van más allá de las disposiciones limitadas del AGCS sobre transparencia, tanto en términos de su contenido como por los derechos que les otorga a las compañías privadas.⁴ Si sus promotores se salen con la suya, se terminará aplicando a todos los miembros de la OMC, entre ellos muchos países en desarrollo y países menos adelantados.

¹ El Acuerdo de Asociación Transpacífico, con muchos de los mismos países (Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Chile, Canadá, Japón, Perú), tiene el mismo enfoque pero por cuatro años.

² Anexo del TISA sobre Servicios Financieros: Artículo 16

³ Anexo del TISA sobre Reglamentación Nacional: Artículo 10

⁴ Artículo III del AGCS; Suiza reiteró esta cláusula en la disposición sobre Transparencia

El texto filtrado incluye una escala cada vez mayor de obligaciones. A continuación se puede encontrar una descripción de las versiones más agresivas de las propuestas, a menos que se indique lo contrario. El texto hace referencia a "personas interesadas", pero eso en realidad es la expresión en clave para referirse a los intereses comerciales.

1. Publicación de todas las medidas

Todas las leyes, reglamentaciones, procedimientos y normas administrativas que generalmente se aplican a cualquier asunto que esté cobijado por el TISA (desde el régimen de escrutinio de las inversiones extranjeras y las obligaciones de servicio universal para el correo o la telefonía hasta los estándares de salud y seguridad, certificaciones de enseñanza hasta decisiones de planeamiento territorial) deben publicarse y ponerse a disposición de otros Estados y "partes interesadas".⁵ Algunos quieren que los gobiernos dispongan un sitio oficial único para esas publicaciones⁶ y que incluyan una explicación del propósito o la fundamentación de las medidas en cuestión.⁷

Comentario

Este requisito de publicación puede ser perfectamente razonable en el caso de algunas medidas, tales como leyes y reglamentaciones formales, dependiendo de dónde y cómo deban ser publicadas. Pero la obligación es onerosa en el caso de otros tipos de medidas, especialmente si la norma se aplica a los gobiernos regionales o locales y organismos que ejercen responsabilidades delegadas. La obligación de disponer un sitio único y explicar las razones que motivan las medidas puede ser poco práctica para algunos países, especialmente ya que se aplicaría a todas las medidas y posiblemente a muchos niveles de gobierno.

2. Notificación previa de las nuevas medidas propuestas

Las propuestas para adoptar cualquier "medida" deben publicarse con antelación⁸ y se les debe otorgar una "oportunidad razonable" a las Partes y las "personas interesadas" para que puedan enviar sus comentarios.⁹

Comentario

⁵ Párrafo 1

⁶ Párrafo 5(a)

⁷ Párrafo 5(b)

⁸ Párrafo 2(a)

⁹ Párrafo 2(b)

Esto añade aún más oportunidades de influencia sobre los gobiernos, y de cabildeo y campañas públicas en contra o en apoyo a las propuestas. Ya que se aplica a todas las "medidas", impondrá obligaciones de cumplimiento especialmente a los niveles inferiores de gobierno, que son onerosas y costosas de satisfacer. Ofrecer la oportunidad de comentar supone la existencia de procesos y criterios para la toma de decisiones, lo que significa que es más fácil someter estas decisiones a revisiones e impugnaciones.

3. Notificación por adelantado de las reglamentaciones

El texto incluye normas especiales sobre el aviso o notificación por adelantado de las reglamentaciones (a diferencia de otras medidas --en este contexto, el concepto de "reglamentaciones" no incluye a las leyes, ya que estas son mencionadas por separado). Esta notificación debe ocurrir como mínimo 60 días antes de la fecha límite para enviar comentarios o con tiempo suficiente para que las "personas interesadas" evalúen la propuesta y respondan.¹⁰ La información publicada debe incluir las razones que motivan la medida.¹¹ Estados Unidos pretende que a la agencia regulatoria en cuestión se le exija responder a los comentarios y explicar las revisiones sustanciales, mientras otros plantean que la agencia debe tomar en cuenta los comentarios y que se la debe alentar a explicar las razones que motivan la medida.¹²

Comentario

Se hace referencia específica a las reglamentaciones, que son las que tornan operativas a las leyes. Los tiempos mínimos de divulgación previa hacen que sea difícil para los gobiernos responder a situaciones urgentes. Explicar las razones que motivan las reglamentaciones implica que las decisiones se pueden impugnar más fácilmente aduciendo que carecen de una base "de evidencias", que no representan la opción menos onerosa disponible para lograr el objetivo que se propone el gobierno, o que da prioridad a criterios ajenos al sistema de mercado. Esto debe analizarse a la par de los requisitos contemplados en varios otros anexos (por ejemplo, el de reglamentación nacional o servicios financieros) que exigen que la reglamentación esté diseñada de conformidad con los estándares de mercado.

¹⁰ Párrafo 3(b)

¹¹ Párrafo 3(c)

¹² Párrafo 3(d)

4. Respuesta a las consultas

Los gobiernos deben establecer una vía de respuesta a las consultas de las "personas interesadas".¹³ Algunos países recomiendan que esto se aplique a una amplia gama de consultas "relacionadas con el tema del acuerdo"; otros plantean que se aplique sólo a consultas relativas a las reglamentaciones.

Comentario

Este mecanismo podría abrir las compuertas a un flujo constante de consultas de las empresas de servicios que podría paralizar a los ministerios o agencias. También les permitiría recabar información útil para fundamentar reclamos de revisión o controversias. Las oportunidades acumuladas que brinda esta disposición y el resto del TISA les permite a las empresas construir portafolios de pruebas para controversias amparadas en otros acuerdos, tales como controversias inversionista-Estado amparadas en tratados bilaterales de inversión o en los capítulos de inversiones de tratados de libre comercio.

5. Revisión judicial o administrativa de las decisiones

Australia y Estados Unidos pretenden que todas las Partes establezcan tribunales o procedimientos donde una empresa de servicios agraviada pueda conseguir una revisión rápida de las decisiones administrativas que "afecten el comercio de servicios" y puedan obtener una indemnización apropiada cuando esté justificada.¹⁴ Si los procedimientos no son independientes de la agencia que tomó la decisión, ésta debe proporcionar una "revisión objetiva e imparcial". En el Anexo sobre Reglamentación Nacional se proponen formulaciones similares.¹⁵

Comentario

Esta propuesta impondría oportunidades adicionales desde el punto legal para que las empresas de servicios (inclusive las empresas nacionales) impugnen una amplia gama de decisiones que "afectan el comercio de servicios". No queda claro qué tipo de reparaciones o indemnizaciones están previstas, incluso si se requerirán nuevas formas de reparación o indemnizaciones. No hay requisitos específicos que estipulen que tales revisiones deben regirse según las

¹³ Párrafo 7

¹⁴ Artículo I[-]

¹⁵ Anexo sobre Reglamentación Nacional, párrafo 13

leyes nacionales de conformidad con lo que esté previsto en la legislación nacional. Se podría sostener que las razones de una revisión podrían incluir supuestos incumplimientos de este Anexo y del TISA en sí mismo. El alcance ambiguo de este mecanismo generaría incertidumbre en los organismos administrativos y de toma de decisiones, especialmente si se aplica a los niveles inferiores, y los expondría a demandas y responsabilidades civiles impredecibles.

6. Controversias

Estas obligaciones estarán presumiblemente sometidas al capítulo de solución de controversias, ya que no existe nada que excluya su aplicación, y a cualesquier mecanismos de arbitraje que se establezcan en el marco del TISA.

Comentario

El mecanismo de solución de controversias solo se aplicará a los Estados, pero estos actuarán como representantes de las empresas de servicios disgustadas. No queda claro cómo operarán los arreglos institucionales en el marco del TISA, pero puede que se les obligue a los gobiernos a responder a demandas sobre asuntos particulares o sobre sus regímenes nacionales más generales, así como sobre su cumplimiento de las normas de "transparencia".

7. Confidencialidad

Suiza propuso que se incluyera una cláusula general de protección de la confidencialidad. La confidencialidad probablemente se discuta como parte del texto central, en base al texto de la norma del AGCS que permite que se retenga información si el propósito es hacer cumplir las leyes, proteger el interés general o los "intereses comerciales legítimos" de una empresa pública o privada.¹⁶

Comentario

La norma del AGCS en cuestión se redactó teniendo en mente obligaciones más limitadas, y debe representar el nivel mínimo. Toda disposición sobre confidencialidad debe someterse evidentemente a las leyes nacionales sobre libertad de información.

¹⁶ Párrafo 8; ref al Artículo III bis del AGCS

8. Posibles limitaciones a estas normas

Varios países han propuesto diferentes calificativos relativos a estas distintas obligaciones, tales como "en la medida de lo posible" o "de conformidad con las leyes nacionales", pero no se ha llegado a un acuerdo al respecto.

Otro punto de desacuerdo importante refiere a si esta disposición sobre "transparencia" solo se aplica al gobierno central o también a todos los niveles inferiores. Habrá diferentes razones que justifiquen las posiciones de los gobiernos, especialmente en los Estados federales. Los Estados unitarios también pueden objetar que aplicarla solamente al gobierno central y no a los gobiernos estatales o provinciales representa una desventaja para ellos y es más oneroso (algo que se planteó en el Acuerdo de Asociación Transpacífico).