

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

RESTRICTED

S/WPDR/W/9

28 de septiembre de 2000

(00-3932)

Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional

Original: inglés

COMUNICACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COREA

Prueba de necesidad

Se ha recibido la siguiente comunicación de la delegación de Corea con el ruego de que se distribuya a los Miembros del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional.

I. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de cómo definir la "prueba de necesidad" en el contexto de la reglamentación nacional sobre comercio de servicios ha sido objeto de muchos y constructivos debates. Las propuestas presentadas por el Canadá, Australia y las CE han contribuido a estimular el examen de la cuestión y a hacerlo progresar. Sin embargo, puesto que en cada propuesta y acuerdo pertinente se utilizan términos distintos para exponer y definir la prueba de necesidad, hay cierta confusión en cuanto a su significado exacto y a las consecuencias de su empleo.

2. Corea considera que, incluso si la terminología es diferente -por ejemplo medidas "que restrinjan el comercio" o "gravosas"- y a pesar de algunas variaciones en cuanto a matiz y enfoque, no hay disimilitudes en cuanto a las consecuencias de las expresiones empleadas. La finalidad de la presente nota es pues aclarar las posibles diferencias, considerar las opciones a que podría recurrirse y proponer un proyecto de disposición sobre la prueba de necesidad que pueda servir para establecer normas multilaterales sobre la reglamentación nacional.

3. Entre tanto subsisten problemas sin resolver como, por ejemplo, lo que debe considerarse "objetivo legítimo de política general" o los factores que deben tomarse en cuenta para determinar la viabilidad de otra medida posible. Para aplicar eficaz y rigurosamente la prueba de necesidad es preciso resolver estas dos cuestiones que, sin embargo, tendrán que examinarse en otra ocasión.

II. ARGUMENTO PRINCIPAL

1. Uso de una terminología diferente en contextos diferentes

4. En la nota informal de la Secretaría (documento sin signature N° 5929) se exponen en detalle los distintos términos utilizados para designar la prueba de necesidad en las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. La terminología utilizada es función de los objetivos del Acuerdo de que se trate y resultado de exámenes y debates a fondo.

5. En el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), por ejemplo, se emplea la frase "no restringirán el comercio más de lo necesario", a fin de evitar todo obstáculo no arancelario al comercio de mercancías.

6. En comparación, en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación ("Acuerdo sobre Licencias de Importación") y en las Disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad ("Disciplinas") se utilizan locuciones diferentes en diferentes contextos. Por ejemplo, según las disposiciones generales los Miembros de la OMC tienen la obligación de evitar las "distorsiones del comercio" (Acuerdo sobre Licencias de Importación) o de asegurarse de que las medidas "no restrinjan el comercio más de lo necesario" (Disciplinas). En ambos casos sin embargo cuando se habla específicamente de los "procedimientos del trámite de licencias se utilizan las palabras "cargas" o "gravosos". El párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo sobre Licencias de Importación dice que "los procedimientos de trámite de licencias no automáticas ... no entrañarán más cargas administrativas que las absolutamente necesarias para administrar la medida", y en el párrafo 15 de las Disciplinas se dispone que los "procedimientos de solicitud y la documentación conexa no serán más gravosos de lo necesario".

7. El párrafo 4 del artículo VI del AGCS contiene una disposición similar según la cual las "medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, a las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias" se elaborarán de forma que "no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio".

8. A pesar de las diferencias en cuanto a terminología, en todas estas disposiciones se destaca la necesidad de no imponer una "carga" o "restricción" a la importación de mercancías o al suministro de servicios. Más aún, independientemente de la terminología utilizada ambas locuciones -"no sean más gravosas de lo necesario" y "no restrinjan el comercio más de lo necesario"- parecen dar a entender que es preciso determinar si existen otras disposiciones menos gravosas o restrictivas.

2. Comparación de las distintas propuestas presentadas por los Miembros

9. Australia, el Canadá y las CE han distribuido sus propuestas y sugerencias con respecto a la prueba de necesidad. Australia y el Canadá proponen que se utilice la expresión "que restrinja lo menos posible el comercio", mientras que las CE prefieren utilizar el término "proporcionalidad", cuyas connotaciones parecen diferentes.

10. Australia propone un proyecto de disposición similar al artículo 5 del Acuerdo MSF, a saber, "una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica con la que se consigue un objetivo de política legítimo y sea significativamente menos restrictiva del comercio".

11. El Canadá también expuso los elementos que debían tenerse en cuenta en la "prueba de necesidad", y que son muy semejantes a los sugeridos por Australia:

- el requisito general de que la reglamentación no restrinja el comercio más de lo necesario;
- cada medida debe ser realmente necesaria para alcanzar un objetivo legítimo, y es razonable prever que cada Miembro aplicará una medida que restrinja lo menos posible el comercio para alcanzar el mismo objetivo de política general;
- para determinar si existen otras medidas que restrinjan menos el comercio deberán considerarse factores como la viabilidad técnica y económica.

12. Así pues, ambas propuestas tienen una visión común de los elementos que deben constituir la prueba de necesidad. Por otra parte también coinciden en la necesidad de un "tercer aspecto", esto es, la idea de que "una medida que tenga por efecto restringir el comercio sólo puede ser considerada

'necesaria' si no hay otra medida posible menos perturbadora del comercio y cuya utilización pueda razonablemente expresarse de un Miembro para la consecución del mismo objetivo de política".

13. Por otra parte en la propuesta de las CE se hace referencia a un "principio de proporcionalidad", concepto y expresión que no son de uso frecuente en la OMC. En términos generales esta frase sugeriría tal vez un tipo de prueba basada en la relación "medios-fin", es decir, que debe haber proporcionalidad entre el objeto o la finalidad de una medida y los medios adoptados para alcanzar u obtener los fines perseguidos. Aunque las propuestas del Canadá y de Australia se concentran en determinar si existe otra medida "que restrinja menos el comercio", el concepto de la "proporcionalidad" no se centra necesariamente en la existencia de una alternativa. Por el contrario, una determinada medida se sometería a una prueba de "equilibrio" a fin de comparar el objetivo que se persigue con ella y sus efectos perjudiciales. De acuerdo con el principio de la proporcionalidad, un país tendría que escoger un medio para alcanzar sus objetivos normativos sin interferir desproporcionadamente en el libre movimiento de mercancías o servicios.

3. Casos examinados por grupos especiales

14. Todos los casos referentes a la prueba de necesidad examinados por grupos especiales están relacionados con las disposiciones del artículo XX del GATT sobre excepciones generales. Hay ciertas diferencias entre la prueba de necesidad de estas disposiciones relativas a excepciones y la del Acuerdo OTC y el AGCS, como se explica en la nota S/C/W/96 de la Secretaría, pero los casos examinados por los grupos especiales permiten comprender mejor los elementos que deben tomarse en consideración en la prueba de necesidad. Aunque en el artículo XX sólo aparece el término "necesarias", los casos sobre solución de diferencias examinados por los grupos especiales han confirmado repetidas veces que, para que la medida se juzgue "necesaria" deberá tomarse en consideración si existe otra "que restrinja menos el comercio", esto es, "una medida frente a la cual no haya otras medidas posibles a las que razonablemente pudiera esperarse que recurriera el Miembro y no que fuesen incompatibles con otras disposiciones del GATT". A este respecto la evaluación de las demás medidas al alcance del Miembro es fundamental para determinar si una medida dada es la "medida disponible que restrinja menos el comercio".

III. PROPUESTA DE COREA

1. Terminología propuesta por Corea

15. El debate sobre la utilización de las expresiones "que no restrinja más el comercio" o "no más gravosa" no entraña modificación alguna del principio fundamental de la prueba de necesidad. Estas expresiones sólo difieren en cuanto se aplican a aspectos diferentes del comercio: una se refiere al comercio de mercancías y la otra a los procedimientos de licencias.

16. Como antes se explicó, la frase "no restringirán el comercio más de lo necesario" es la de uso más común, pues aparece en los Acuerdos MSF y OTC, en los asuntos planteados en el marco del artículo XX del GATT y en las propuestas del Canadá y Australia. Al haber surgido dentro del régimen del GATT, va dirigida principalmente al comercio y en particular al comercio de mercancías.

17. La frase "no sean más gravosas de lo necesario" se emplea específicamente en el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, en las secciones relativas al trámite de licencias del Acuerdo sobre Licencias de Importación y en las Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. En el párrafo 4 c) del artículo VI también se utiliza otra expresión: "no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio". Todas estas expresiones tienen la ventaja de admitir implícitamente cuatro modos de suministro diferentes en el comercio de servicios, y no únicamente el comercio transfronterizo.

18. Puesto que se trata de saber cómo establecer un mecanismo normativo para las medidas nacionales relativas a "las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias" en el caso del comercio de servicios en los cuatro modos de suministro, la terminología empleada para definir la "prueba de necesidad" debería también dar una clara idea de este objetivo. Para ello, Corea propone una fórmula más bien neutra como "que no restrinja el comercio de servicios más de lo necesario", en vez de "que no restrinjan el comercio más de lo necesario", "que restrinja menos el comercio" como en el comercio de mercancías; o "no más gravosas de lo necesario" o "que no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio" como en el párrafo 4 del artículo VI, apartados b) y c), y en las Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. La elección entre "que no restrinja [el comercio] más de lo necesario" y "que restrinja menos el comercio" parece ser una cuestión de preferencia, no de fondo.

2. Elementos que deben considerarse

19. Corea comparte las opiniones del Canadá y de Australia por lo que respecta a los elementos que deben tomarse en consideración para definir la prueba de necesidad, esto es, que una medida es necesaria si reúne las siguientes condiciones:

- i) La medida normativa debe estar justificada por un objetivo legítimo de política general,
 - este criterio también está relacionado con el "principio de proporcionalidad" de las CE, que se refiere al equilibrio entre los medios (la medida normativa) y el fin (el objetivo de política general).
- ii) La medida en cuestión no restringirá el comercio de servicios más de lo necesario; es decir, que deberá ser la medida menos restrictiva disponible.
- iii) Se tendrán en cuenta los factores pertinentes, como la viabilidad económica y técnica,
 - la cuestión de si han de incluirse los "factores sociales" mencionados por algunos Miembros requiere ulterior examen, pero por lo menos debe quedar comprendido el elemento de viabilidad económica y técnica a fin de tener en cuenta objetivamente la capacidad [ejemplo, los costos administrativos] de cada Miembro y dar cierto grado de flexibilidad en previsión de casos futuros y de la evolución de las circunstancias.

20. En consecuencia, para que todos estos elementos se tomen en consideración, Corea propone que se incorpore el siguiente proyecto de disposición a las disciplinas multilaterales sobre la reglamentación nacional:

"Los Miembros se asegurarán de que estas medidas no restrinjan el comercio de servicios más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo de política general [especificado en ellas]. [A estos efectos,] se considera que una medida no restringe el comercio de servicios, más de lo necesario cuando no hay otra medida menos restrictiva razonablemente disponible teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica."
