

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

G/SPS/GEN/802
9 de octubre de 2007

(07-4327)

Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Original: inglés

LAS NORMAS PRIVADAS VOLUNTARIAS EN EL MARCO MULTILATERAL DE LA OMC

Comunicación del Reino Unido

La siguiente comunicación, recibida el 1º de octubre de 2007, se distribuye a petición de la delegación del Reino Unido.

El Departamento de Desarrollo Internacional (DDI) del Gobierno del Reino Unido, en colaboración con el servicio de información sobre medidas sanitarias y fitosanitarias del Reino Unido, se complace en presentar un estudio reciente titulado "Las normas privadas voluntarias en el marco multilateral de la OMC". Este trabajo ha sido preparado por el Sr. Digby Gascoine en colaboración con O'Connor and Company, un estudio jurídico con sede en Bruselas.

Este trabajo forma parte de una iniciativa más amplia acerca de la influencia que las reclamaciones y las normas públicas y privadas sobre productos agrícolas tienen para fomentar o entorpecer el acceso de los países en desarrollo a los mercados internacionales. El Reino Unido quiere poner en marcha un proceso público-privado que haga que las compras de los supermercados tengan una repercusión más positiva en términos de desarrollo sobre los pequeños productores y la población rural pobre. También se prevé ejecutar proyectos de investigación sobre el rastreo de los movimientos de los productos frescos, fomentar el diálogo entre los organismos públicos reguladores y las instituciones de normalización privadas, y colaborar con éstas para ayudarles a tener en cuenta la repercusión en términos de desarrollo de la adopción de normas nuevas y la revisión de las existentes.

Los objetivos específicos de este estudio son los siguientes:

- investigar la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en los Acuerdos de la OMC sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC);
- determinar cómo las delegaciones en los Comités OTC y MSF recogen en sus posiciones las opiniones de la industria o de las instituciones de normalización privadas;
- examinar las ventajas e inconvenientes de definir mejor la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en los Acuerdos MSF y OTC (con la posible inclusión de los aspectos de dichas normas no relacionados con la inocuidad de los alimentos, por ejemplo, el tamaño de los productos);

- hacer sugerencias sobre la posible manera de mejorar la relación entre el Acuerdo MSF y las normas de las instituciones no gubernamentales, por ejemplo adoptando una decisión o directrices sobre el modo de aplicar el artículo 13.

Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente las del Departamento de Desarrollo Internacional, del Reino Unido o de las Comunidades Europeas, pero aportan información y aclaraciones acerca de las cuestiones relacionadas con el debate sobre las normas privadas y los procesos de elaboración de normas en el marco de la OMC. El informe no contiene recomendaciones sobre futuras actividades.

**LAS NORMAS PRIVADAS VOLUNTARIAS EN EL MARCO
MULTILATERAL DE LA OMC**

Informe preparado por

Digby Gascoine

y

O'Connor and Company

para el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido en el marco
del Programa de Servicios de Asesoramiento y Apoyo al DDI,
administrado por HPSTE Limited

Abril de 2007

El presente informe ha sido redactado por Digby Gascoine, en calidad de consultor principal, y por Paolo Vergano e Ignacio Carreño, de O'Connor and Company, European Lawyers, que han elaborado los informes jurídicos de los anexos 5 y 6.

Las opiniones expresadas no son necesariamente las del Departamento de Desarrollo Internacional.

Se agradecen las contribuciones de las personas entrevistadas durante la elaboración de este informe, así como la orientación recibida de Tim Leyland, del DDI.

Índice

Abreviaturas y acrónimos	5
Resumen	6
Informe principal	15
Mandato	15
Metodología	16
Antecedentes	16
Comentarios y estudios empíricos	18
Historia de las negociaciones sobre los Acuerdos GATT, MSF y OTC	22
La OMC y las instituciones privadas	25
Los Miembros de la OMC y las instituciones de normalización privadas	26
Definir la función de las instituciones de normalización no gubernamentales en el marco del Acuerdo MSF	27
Mejora del Acuerdo MSF	32
Instituciones gubernamentales y no gubernamentales en el Acuerdo OTC	35
Anexo 1: Mandato	40
Anexo 2: Mandato relativo a los aspectos jurídicos de la consultoría	46
Anexo 3: Personas consultadas	52
Anexo 4: Referencias	54
Anexo 5: Informes jurídicos 1 y 2	56
Anexo 6: Informe jurídico 3	99

Abreviaturas y acrónimos

Alianza ISEAL	Alianza Internacional de Acreditación y Etiquetado Social y Ambiental
BRC	<i>British Retail Consortium</i> (Consortio británico del comercio minorista)
CIES	<i>Comité International d'Entreprises à Succursales</i> (Comité Internacional de Cadenas Minoristas de Alimentación)
Comité MSF	Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Comité OTC	Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio
DDI	Departamento de Desarrollo Internacional (Reino Unido)
EurepGAP	Asociación Global para una Agricultura Segura y Sostenible
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GFSI	Iniciativa Mundial de Inocuidad de los Alimentos
HACCP	Análisis de peligros y puntos críticos de control
ISO	Organización Internacional de Normalización
MSF	Medidas sanitarias y fitosanitarias
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OTC	Obstáculos técnicos al comercio
PMP	Procesos y métodos de producción
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

I. RESUMEN

1. El presente informe responde a una iniciativa del Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido encaminada a sacar, de la aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), conclusiones acerca de cómo colaborar con los organismos privados de normalización y aclarar la posición que dichos organismos ocupan en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF). Se basa en un estudio selectivo de los trabajos publicados, en entrevistas con representantes de varias organizaciones internacionales, instituciones de normalización y el sector privado y en un análisis jurídico efectuado por O'Connor and Company.

2. A escala nacional no hay al parecer obstáculos legales que impidan a los compradores establecer y aplicar requisitos técnicos específicos a los productos que adquieren y, para los mayoristas y minoristas de productos alimenticios, hay muchas razones de peso que justifican la aplicación de esos requisitos con objeto de controlar el riesgo comercial. No obstante, los proveedores, en particular los de los países en desarrollo exportadores, cada vez están más preocupados por la proliferación y el carácter cada vez más riguroso de las normas privadas. En una lista de los posibles motivos de preocupación sobre las normas privadas voluntarias habría que incluir los siguientes:

- Aunque las normas privadas voluntarias pueden en muchos casos suponer un estímulo para mejorar las prácticas y el rendimiento de la producción en los países exportadores y dar una ventaja competitiva a los productores que las cumplen, también pueden convertirse en importantes obstáculos al acceso a los mercados para algunas industrias en algunos países, en especial en los países menos adelantados; asimismo, puede representar una desventaja proporcionalmente mayor para los productores más pequeños.
- Esos obstáculos al comercio tienen que ver con varios factores, entre ellos la disponibilidad de capital desde el comienzo mismo de las operaciones, la financiación de gastos iniciales y periódicos por concepto de certificación por terceros, costos de explotación más elevados para los productores y márgenes de beneficio menores.
- La carga para los exportadores es más pesada cuando, por ejemplo:
 - las normas privadas voluntarias se formulan sin consultar a los proveedores;
 - deben cumplirse diferentes prescripciones privadas para distintos mercados y para diferentes compradores en el mismo mercado de exportación;
 - la certificación por terceros sólo puede obtenerse a precios propios de los países desarrollados;
 - los compradores no ofrecen contratos de compra a largo plazo para reducir la incertidumbre de los proveedores dispuestos a cumplir las prescripciones, que deben hacer inversiones para cumplir las normas privadas voluntarias.

Los productores también pueden considerarse perjudicados si se imponen normas privadas ostensiblemente más estrictas que no estén justificadas objetivamente, o si es difícil conciliar exigencias de los importadores no relacionadas con las características del producto con las circunstancias, los valores y las prácticas locales.

3. La incorporación en las normas privadas voluntarias de las preocupaciones de los consumidores sobre la protección de los animales y las características de los alimentos relacionadas con el medio ambiente, la seguridad e higiene en el trabajo y la seguridad del consumidor, por ejemplo, es un fenómeno muy posterior a la negociación de los Acuerdos MSF y OTC, y es un proceso que coincide con un aumento rápido de la penetración del mercado por parte de las grandes cadenas de supermercados. En ningún momento se previó que el Acuerdo MSF pudiera aplicarse a la adopción de normas privadas voluntarias o a la evaluación de la conformidad con arreglo a dichas normas. Por el contrario, el Acuerdo OTC se refiere no sólo a la elaboración y aplicación (con inclusión de la "evaluación de la conformidad") de reglamentos técnicos obligatorios por parte de los gobiernos, sino también, de manera explícita, a las actividades privadas de formulación y adopción de normas y de evaluación de la conformidad. En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio no se prevé ninguna función para las instituciones no gubernamentales.

A. INTERACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE NORMALIZACIÓN PRIVADAS CON LA OMC Y SUS MIEMBROS

4. Dado que los Miembros de la OMC son gobiernos nacionales y dado que las disciplinas impuestas por los acuerdos abarcados se refieren a los actos de los Miembros, por lo general las relaciones entre la OMC y las instituciones privadas (en la medida limitada en que se producen de vez en cuando) conciernen en su mayor parte sólo al intercambio mutuamente provechoso de información. En los países que disponen de mecanismos de consulta entre el gobierno y las partes interesadas sobre las cuestiones que se suscitan en el Comité MSF o en el Comité OTC, lo normal sería que se produjera un intercambio de información con las instituciones de normalización privadas con antelación a toda reunión en que pudieran tratarse las normas privadas voluntarias. Sin embargo, los Miembros de la OMC no están obligados a representar a las instituciones privadas en las actuaciones de los Comités de la OMC. Los Comités pueden organizar consultas *ad hoc* e intercambios de información con las instituciones de normalización privadas, proceso que el Comité MSF ha puesto en marcha.

B. EMPLEO DE LOS CÓDIGOS DE PRÁCTICAS

5. Hay varios códigos de prácticas de normalización y evaluación de la conformidad que pueden ser empleados como guías por los organismos de elaboración de normas privadas y los encargados de su aplicación, por ejemplo el *Código de Buena Conducta para adoptar normas ambientales y sociales* de la Alianza Internacional de Acreditación y Etiquetado Social y Ambiental (Alianza ISEAL) y el *Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas* del Acuerdo OTC. Es discutible que la observancia general de estos códigos modifique sustancialmente las circunstancias en que están los exportadores de los países en desarrollo en relación con las normas privadas voluntarias. Sería necesario analizar en un estudio una muestra de las normas ambientales, laborales y de otro tipo pertinentes, identificar cuáles de sus características presentarían inconvenientes para los exportadores y juzgar si un proceso mejor estructurado de formulación de las normas podría haber producido un resultado mutuamente más satisfactorio. Es tentador suponer que la conclusión de dicho estudio sería que un mejor proceso de establecimiento de normas resolvería algunas o todas las quejas relativas al procedimiento (notificación previa, consulta, etc.), pero que en última instancia no supondría una gran diferencia en lo referente a la carga que su cumplimiento impone a los exportadores. Un punto importante de desacuerdo entre quienes elaboran las normas y quienes han de cumplirlas sería muy probablemente la justificación de la necesidad de la norma y la especificación clara de sus objetivos. Pueden hacerse consideraciones similares en relación con los códigos de prácticas de evaluación de la conformidad, donde el problema esencial puede ser que en los países en desarrollo exportadores hay muy pocos organismos locales fiables de evaluación de la conformidad que cobren honorarios locales en lugar de tarifas a nivel internacional.

C. MEJORA DEL ACUERDO MSF

6. La disposición fundamental del Acuerdo MSF figura en su artículo 13, que obliga a los Miembros a tomar las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio cumplan las disposiciones pertinentes de dicho Acuerdo. Hay dudas jurídicas acerca del alcance de la expresión "medidas razonables" y sobre si las "entidades no gubernamentales" incluyen a las distintas instituciones privadas que elaboran normas y que se encargan de su cumplimiento. Parece muy poco probable que los Miembros de la OMC modifiquen el artículo 13 del Acuerdo MSF para establecer la obligación clara de aplicar el Acuerdo al elaborar y utilizar normas privadas voluntarias, aunque sólo sea con arreglo al criterio del máximo empeño. Entre otras cosas, ello plantearía el problema de conseguir el acuerdo de unos 100 países con la redacción de cualquier enmienda que se propusiera. Sea como fuere, todavía no se percibe que el problema sea tan grave como para justificar un paso tan importante y, tanto en el marco de la OMC como por parte de las instituciones privadas interesadas, se podrían emprender otras iniciativas que podrían servir para resolver dificultades concretas de una manera más idónea.

7. Un enfoque alternativo es estudiar la viabilidad de elaborar directrices sobre la aplicación del artículo 13 del Acuerdo. Los países desarrollados y los países en desarrollo deberían coincidir en que evidentemente se necesita una iniciativa semejante y tendría que haber un amplio consenso sobre lo que debería hacerse. Cualquier propuesta de que los Miembros de la OMC se comprometieran moralmente, sobre la base de una interpretación convenida del Acuerdo MSF, a condicionar o limitar la aplicación de las normas sanitarias privadas voluntarias estaría seguramente condenada al fracaso, porque en muchos países desarrollados las empresas que formulan y aplican normas privadas voluntarias (por los beneficios que ello reporta a sus intereses comerciales) no verían en dicha iniciativa ninguna ventaja y sí inconvenientes importantes para sus intereses, por lo que convencerían a sus gobiernos de que se opusieran a ella.

8. Si no fuese posible que todos los Miembros de la OMC coincidieran en una interpretación del Acuerdo MSF en este ámbito, otra opción teóricamente sería que un grupo de Miembros que tuviesen la misma posición concertaran voluntariamente un acuerdo entre ellos para comportarse de determinada forma en relación con las normas privadas voluntarias. Los precedentes de este enfoque son el Código de Normas del GATT, al que se adhirieron varios signatarios del GATT, y los cuatro acuerdos plurilaterales negociados en la Ronda Uruguay. Sin embargo, como la práctica es que estos acuerdos se negocien como parte de una ronda de negociaciones, y la negociación suele ser un proceso prolongado, no es probable que se alcance ningún acuerdo plurilateral nuevo en el futuro próximo.

9. El Acuerdo OTC podría ofrecer un procedimiento más práctico. El Acuerdo MSF sólo abarca las medidas definidas en su Anexo A; todas las demás reglamentaciones técnicas y normas sanitarias y fitosanitarias están comprendidas en el Acuerdo OTC, de conformidad con las definiciones que figuran en su Anexo A. En lugar de tratar de modificar el Acuerdo MSF para usarlo con fines que no son aquellos para los que fue adoptado, mejor sería considerar de qué manera las disciplinas en materia de OTC, tal como están establecidas, podrían emplearse para responder a las preocupaciones que han surgido en relación con las normas privadas voluntarias.

D. USO DEL ACUERDO OTC

10. Pese a que el Acuerdo OTC se refiere específicamente a las actividades de establecimiento de normas privadas y evaluación de la conformidad, subsisten problemas para su aplicación efectiva en este ámbito. Los Miembros están obligados a adoptar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales cumplan las disposiciones del artículo 2 del Acuerdo, pero también en este caso se plantea el problema del alcance de las "medidas razonables". Muchos países en desarrollo creen que las prescripciones sobre etiquetado ecológico referentes a

cuestiones distintas de las sustancias incorporadas a los productos (por ejemplo, los residuos de plaguicidas) están proscritas en virtud de las normas de la OMC; otros Miembros discrepan. O'Connor and Company cree que, tomando como base el texto del Acuerdo OTC, hay motivos para dudar que el Acuerdo sea aplicable a procesos y métodos de producción que "no están relacionados con el producto". En el informe jurídico se afirma además que no hay jurisprudencia que ayude a entender en qué medida el Acuerdo OTC es aplicable a las normas voluntarias que no están relacionadas con los productos. Y, como se ha dicho anteriormente, es posible que una conformidad generalizada con el Código de Buena Conducta del Acuerdo OTC no suponga una diferencia significativa en las circunstancias en que los exportadores de los países en desarrollo están en relación con las normas privadas voluntarias.

11. Sin embargo, hay muchas iniciativas que los gobiernos podrían adoptar para fomentar la observancia de las disposiciones del Acuerdo OTC sobre el establecimiento de normas y la evaluación de la conformidad:

- divulgar información sobre el Acuerdo OTC y sus disposiciones aplicables al establecimiento de normas privadas;
- formular y dar a conocer una política nacional sobre el cumplimiento de esas disposiciones, ya sea como recomendación o como norma de aplicación obligatoria;
- dialogar con las organizaciones privadas competentes para fomentar una conducta compatible con las disposiciones del Acuerdo OTC;
- suscribir memorandos de entendimiento con las organizaciones privadas;
- otorgar incentivos financieros para promover el cumplimiento por parte de las organizaciones privadas.

Estas iniciativas no dependen de ninguna interpretación jurídica específica de las obligaciones impuestas por el Acuerdo OTC.

E. OTROS ENFOQUES POSIBLES

12. Los representantes de las grandes cadenas de supermercados reconocen que hay un riesgo comercial asociado a la reacción negativa de los países en desarrollo frente a sus normas privadas voluntarias. La OMC constituye un foro en el que se puede hacer frente a esta tensión entre importadores y exportadores en torno a las normas privadas voluntarias y donde es posible compartir información y buscar soluciones mutuamente aceptables. En los Comités MSF y OTC se podrían tomar distintas medidas para mantener esta cuestión a consideración de los gobiernos de los países Miembros, que son quienes asegurar el contacto con los sectores interesados a nivel nacional. Por ejemplo:

- Podría proponerse a los Comités MSF y OTC que se invitara a los Miembros a presentar informes sobre la experiencia de sus países acerca del funcionamiento de las normas privadas como obstáculos al comercio, incluidas cuestiones como las oportunidades de participación en el establecimiento de normas privadas, otras consultas, equivalencia, evaluación de la conformidad, auditoría, acceso a los mercados obtenido o preservado, etc.
- Podría solicitarse a los Miembros que dieran a conocer a los Comités ejemplos de medidas razonables que hayan aplicado de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo MSF y los artículos 3, 8 y 9 del Acuerdo OTC.

- El Comité MSF podría celebrar un debate útil sobre la forma en que, al establecer o revisar sus medidas sanitarias y fitosanitarias oficiales, los Miembros tienen en cuenta la contribución al control del riesgo que hacen las iniciativas voluntarias de los productores y minoristas privados.
- Podrían celebrarse periódicamente reuniones conjuntas informales entre los delegados de los Comités MSF y OTC y las instituciones de normalización privadas para que los delegados de los países en desarrollo pudieran manifestar sus preocupaciones y quizás autorizar a las instituciones de normalización privadas a informar sobre las medidas que hayan adoptado.
- Podría invitarse a los Miembros a poner en conocimiento de los Comités las iniciativas que hayan adoptado para prestar asistencia técnica en relación con el cumplimiento de las normas privadas.

A corto plazo, las actividades de este tipo constituyen sin duda el medio más importante que brinda el marco de la OMC para la acción en el ámbito de las normas privadas. Si los Comités MSF y OTC mantienen la cuestión de las normas privadas en sus programas de trabajo durante cierto tiempo, es posible que algunos donantes consideren apropiado facilitar la participación de los países en desarrollo que tengan experiencias pertinentes que compartir.

13. Simultáneamente podrían proseguirse otras actividades de asistencia técnica referentes a las normas privadas. En esta materia, ha habido diversos tipos principales de asistencia técnica: estudios para identificar y evaluar la incidencia y los efectos de las normas privadas y apoyo sobre el terreno a las actividades de producción y comercialización encaminadas a facilitar el cumplimiento de las normas privadas en los países en desarrollo. En relación con los estudios nuevos que se lleven a cabo sobre esta cuestión, sería conveniente abrir una nueva línea de trabajo consistente en someter las normas privadas a un examen detallado de aspectos como su fundamento científico, su relación con las normas oficiales que se aplican en mercados clave, su eficacia en términos de protección de la salud humana y la protección del consumidor, etc. Esos estudios ayudarían a las organizaciones del sector privado a aumentar la utilidad y precisión de sus normas. También permitirían que se hiciera un análisis mejor fundamentado de estas cuestiones entre los Miembros de la OMC, en las ONG y en otros lugares. En el momento oportuno quizás sea útil patrocinar una conferencia internacional para congrega a las numerosas partes interesadas, con objeto de que examinen el panorama general y analicen las posibilidades de cooperar en la concepción y aplicación de normas privadas.

Conclusiones jurídicas

14. El estudio jurídico O'Connor and Company ha sido contratado para preparar un informe sobre tres cuestiones:

- a) Examen y análisis jurídico de las disposiciones pertinentes de la OMC, principalmente (pero no de forma exclusiva) las de los Acuerdos MSF y OTC.
- b) Jurisprudencia pertinente de la OMC y orientaciones interpretativas en forma de decisiones *ad hoc* o trabajos preparatorios de los Acuerdos MSF y OTC.
- c) Opciones jurídicas y posibles propuestas de modificación de las disposiciones del Acuerdo MSF y/o del Acuerdo OTC.

El informe sobre los dos primeros puntos figura en el anexo 5; el relativo al tercer punto está en el anexo 6.

15. Sus conclusiones en relación con el primer punto son las siguientes:

- i) La aplicación de las disposiciones del Acuerdo MSF a las entidades no gubernamentales que formulan y que aplican normas *a la luz del artículo 13 del Acuerdo MSF* depende en gran medida de la definición de "institución no gubernamental".
- ii) Puede afirmarse que sólo las entidades privadas a las que el gobierno ha encomendado la ejecución de determinadas tareas o que tienen por otros motivos una condición jurídica especial caen dentro de la definición de entidad no gubernamental con arreglo al Acuerdo MSF.
- iii) Por el contrario, también puede aducirse que la definición de "entidad no gubernamental" en el Acuerdo MSF es más amplia e incluye también a otras instituciones privadas a las que el Gobierno no ha encomendado determinadas tareas, pero *que funcionan en el territorio de un Miembro de la OMC*.
- iv) La interpretación literal del artículo 13 del Acuerdo MSF indica que la cuestión de la definición de "entidad no gubernamental" no está resuelta.
- v) Aunque las disposiciones del Acuerdo MSF no se refieran directamente a las entidades no gubernamentales, *a la luz del artículo 13 del Acuerdo MSF*, los Miembros de la OMC tienen la responsabilidad de velar por que las actividades de las entidades no gubernamentales se ajusten al Acuerdo.
- vi) De conformidad con el artículo 4 del Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta.
- vii) El artículo 8 del Acuerdo OTC se refiere directamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC en relación con las actividades de las instituciones no gubernamentales que aplican procedimientos de evaluación de la conformidad.
- viii) Otros Acuerdos de la OMC, como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Anexo sobre Telecomunicaciones, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición son útiles para distinguir entre las actividades no gubernamentales y las gubernamentales.

16. Las conclusiones referentes al segundo punto son las siguientes:

- i) No hay jurisprudencia de la OMC en relación con las entidades no gubernamentales y el artículo 13 del Acuerdo MSF. Sin embargo, el informe de un grupo especial que no se refería a las instituciones no gubernamentales permite sacar algunas deducciones sobre la forma en que un grupo especial podría analizar una posible vulneración del Acuerdo MSF por una institución no gubernamental. En primer lugar, se remitiría al artículo 13 del Acuerdo MSF para determinar si hay "responsabilidad" de un Miembro de la OMC; luego, "examinando el caso a la luz del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF", establecería si la medida impugnada es

una medida sanitaria o fitosanitaria y, por último, decidiría si se ha producido una infracción del Acuerdo MSF.

- ii) De conformidad con otra jurisprudencia de la OMC, es necesario que haya cierto grado de intervención del gobierno para que una medida pueda ser examinada a la luz de los Acuerdos de la OMC. Además, en la jurisprudencia relativa a las disposiciones del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias referentes a los actos de "encomendar" u "ordenar" se ha llegado a la conclusión de que el significado corriente de las palabras "encomiende" y "ordene" presupone una "acción explícita y afirmativa de delegación o de mando".
- iii) Otros datos interpretativos, como los trabajos preparatorios de los Acuerdos OTC y MSF o la labor de los correspondientes Comités de la OMC, no añaden demasiados elementos interpretativos sobre las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y las encargadas de su aplicación. La distinción entre instituciones privadas y entidades no gubernamentales parece ser una actividad crucial que quizá deba emprenderse a nivel de la OMC.
- iv) De la historia de la negociación del Acuerdo MSF se desprende que ninguna persona ni país propuso que dicho Acuerdo se aplicara a las actividades de las organizaciones del sector privado.
- v) Además, hasta la fecha no se ha realizado ningún otro examen de esta cuestión con arreglo a las normas de la OMC en el marco del Comité MSF ni en la OMC en general.

17. Las conclusiones relativas al tercer punto son las siguientes:

- i) En lo referente a los sistemas constitucionales de los Miembros de la OMC y al efecto directo de las normas de la OMC:
 - La imposición de normas de la OMC a entidades privadas sin intervención pública o gubernamental de los Miembros de la OMC que tengan jurisdicción sobre dichas entidades privadas exigiría que las normas de la OMC tuvieran un efecto directo.
 - Los Acuerdos de la OMC no se pronuncian sobre la cuestión de si sus normas deberían tener un efecto directo, y es competencia de cada Miembro de la OMC decidir cómo incorporar la normativa de la OMC a su ordenamiento jurídico interno.
 - Algunas partes contratantes, considerando el objeto y la finalidad de los Acuerdos de la OMC, han concluido que dichos Acuerdos no figuran entre las normas aplicables por sus órganos judiciales cuando examinan la legalidad de las normas de su legislación interna.
- ii) Las normas privadas pueden plantear un problema de competencia interna (por ejemplo, el abuso de posición dominante o la colusión entre minoristas) que quizá convenga estudiar y analizar con más detenimiento como posible modo de progresar.
- iii) La cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales también podría abordarse pidiendo orientaciones interpretativas, por ejemplo en forma de una decisión *ad hoc* en el marco del sistema de la OMC y, en particular, de los Acuerdos

MSF y OTC. Aunque se trata de un enfoque que es teóricamente posible y que quizá haya que alentar, parece que en la práctica será difícil debatir y adoptar una decisión *ad hoc* de ese tipo, debido a lo difícil que será poner en marcha los mecanismos de procedimiento necesarios en el sistema de la OMC, a la complejidad de las deliberaciones y las negociaciones, a la previsible falta de acuerdo entre los Miembros de la OMC acerca de la necesidad de dar ese paso y a la probable oposición de poderosos grupos de presión a tal iniciativa.

- iv) Podrían adoptarse medidas para crear un foro institucionalizado para el debate en la OMC sobre la cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales y su relación con el comercio. Para que ello ocurriera, los Miembros de la OMC deberían ponerse de acuerdo sobre el texto que habría que añadir al Acuerdo MSF y/o al Acuerdo OTC (en forma de enmienda o mediante un instrumento jurídico independiente). Esta opción parece posible pero probablemente no sea realista.
- v) Una opción similar podría consistir en tratar de llegar a un acuerdo sobre la cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales y su relación con el comercio en un grupo escogido de Miembros de la OMC, que redactarían, adoptarían y se comprometerían a respetar determinadas obligaciones *ad hoc* por medio de un "instrumento plurilateral". Un ejemplo de una iniciativa plurilateral de este tipo en el sistema de la OMC es el *Documento de referencia sobre las telecomunicaciones*. Este instrumento jurídico brindaría la oportunidad de regular algunos aspectos fundamentales de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales sin imponerlas a todos los Miembros de la OMC, pero permitiéndoles adoptar voluntariamente esos compromisos adicionales. También en este caso la viabilidad práctica de este enfoque parece escasa.
- vi) El mecanismo formal de solución de diferencias de la OMC también podría considerarse una opción jurídica posible con la que abordar la cuestión de las normas privadas. Aunque esto no sea muy probable, un país en desarrollo podría iniciar un procedimiento de solución de diferencias contra otro Miembro de la OMC en relación con una norma privada que presumiblemente no tuviera una justificación científica, que fuera utilizada ampliamente por varios minoristas y que constituyera una condición *de facto* para el acceso a los mercados de ese Miembro de la OMC. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es oneroso, delicado desde el punto de vista político y a menudo no puede dar los resultados esperados.
- vii) Podría establecerse en el sistema de la OMC un comité especializado que abordara la cuestión de las normas de las instituciones no gubernamentales (y otras cuestiones referentes a las organizaciones no gubernamentales), como instrumento de consulta y cooperación con las organizaciones de esa naturaleza dedicadas a las cuestiones de que se ocupa la OMC. Resulta difícil imaginar que se pueda identificar y organizar a una ONG para que se haga eco del descontento de los comerciantes de los países en desarrollo en relación con las normas privadas o de instituciones no gubernamentales. Además, los grupos de presión que tienen intereses y programas opuestos probablemente establecerían ONG similares para hacer oír su voz discrepante en el debate.
- viii) Una enmienda formal de uno o más de los Acuerdos abarcados (MSF, OTC) podría ser otra forma de abordar la cuestión de las normas privadas y la posición de las normas de las instituciones no gubernamentales en el sistema de la OMC. En esencia, una propuesta de modificación de los Acuerdos de la OMC como el Acuerdo MSF o el Acuerdo OTC tendría que ser presentada a una Conferencia Ministerial de la OMC,

que luego transmitiría la enmienda propuesta a los Miembros de la OMC para su examen y posible aceptación. El artículo X de la Carta de la OMC establece la mayoría necesaria para una enmienda formal. En la práctica, el procedimiento que habría que seguir y las mayorías que habría que conseguir indican claramente que sería particularmente difícil introducir enmiendas a los Acuerdos de la OMC.

II. INFORME PRINCIPAL

A. MANDATO

1. El mandato de este proyecto (expuesto íntegramente en el anexo 1) comporta las tareas siguientes, con el fin de presentar un informe a la División de Políticas del DDI y a sus asociados:

- examinar cómo han evolucionado los Acuerdos OTC, MSF y GATT con respecto a la inclusión y definición de la función de las instituciones no gubernamentales;
- examinar brevemente cómo se enfocan en la OMC otras relaciones pertinentes con instituciones privadas, así como las posiciones y acuerdos a que han llegado los Miembros sobre esta cuestión;
- analizar la relación entre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales en el marco del Acuerdo OTC, aportando ejemplos jurídicos y prácticos (sobre la base de conversaciones con participantes importantes y estudios del texto);
- analizar brevemente cómo los Miembros de la OMC representan los intereses de las instituciones de normalización privadas en los Comités OTC y MSF de la OMC;
- examinar cómo las instituciones no gubernamentales emplean el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC y otros sistemas no gubernamentales como el de la Alianza ISEAL, y estudiar la conveniencia de un mecanismo similar para sistemas privados de inocuidad de los alimentos en el marco del Acuerdo MSF;
- investigar las ventajas e inconvenientes de definir mejor la función de las instituciones no gubernamentales de normalización en el marco del Acuerdo MSF (sobre la base de conversaciones con participantes importantes, incluidas instituciones de normalización privadas)
 - considerando algunas de las cuestiones de política planteadas en el reciente informe de la OCDE¹ sobre este tema, entre ellas:
 - ¿cuáles son las cuestiones cuya determinación debe confiarse al sector privado y cuáles requieren una supervisión o intervención de los gobiernos?
 - ¿en qué esferas hace falta colaboración para satisfacer las necesidades de la industria y los minoristas de productos alimenticios y las responsabilidades del gobierno ante la sociedad?
- extraer conclusiones sobre cualquier proceso posible de mejora del Acuerdo MSF destinado a aumentar la interacción con las instituciones de normalización privadas.

2. También se necesita un análisis jurídico. El mandato relativo a esta parte del proyecto incluye:

- a) un examen y análisis jurídico de las disposiciones pertinentes de la OMC, principalmente (pero no de forma exclusiva) las de los Acuerdos MSF y OTC;

¹ OCDE 2006.

- b) una relación de la jurisprudencia pertinente de la OMC y las orientaciones interpretativas en forma de decisiones *ad hoc* o trabajos preparatorios de los Acuerdos MSF y OTC;
- c) la formulación de opciones jurídicas y posibles propuestas de modificación de las disposiciones del Acuerdo MSF y/o del Acuerdo OTC.

El texto completo del mandato del equipo jurídico figura en el anexo 2.

B. METODOLOGÍA

3. El presente informe está basado en tres fuentes principales:

- entrevistas con las personas enumeradas en el anexo 3;
- las obras de referencia mencionadas en el anexo 4;
- el análisis jurídico hecho por Paolo Vergano e Ignacio Carreño, de O'Connor and Company (anexos 5 y 6).

C. ANTECEDENTES

4. Los antecedentes de este proyecto se explican en el mandato, que figura en el anexo 1. En pocas palabras, el proyecto responde a las preocupaciones manifestadas por algunos países en desarrollo acerca del costo y la dificultad creciente del acceso de sus productos agrícolas a los mercados de los países desarrollados, debido a la imposición de condiciones estrictas por los compradores, en particular las grandes cadenas de supermercados de los países importadores. Esas condiciones pueden referirse a los métodos de producción y a las características propiamente dichas de los productos, y pueden abarcar no sólo la inocuidad de los alimentos (que habitualmente ha sido función de las autoridades públicas en los países importadores), sino también la calidad de los alimentos, los piensos, la protección de los animales y del medio ambiente, las prácticas laborales y la seguridad e higiene en el trabajo. Incluso en relación con la inocuidad de los alimentos, respecto de la cual cabe esperar que los organismos de reglamentación de los países importadores insistan en que las prescripciones oficiales son perfectamente adecuadas para proteger la salud de los consumidores, las normas impuestas por los compradores pueden ser todavía más rigurosas. Por su parte, los intereses privados en los países importadores afirman que sus normas privadas voluntarias² son necesarias para garantizar el cumplimiento de las prescripciones oficiales, complementar o reforzar el control oficial de las importaciones, responder a las inquietudes de los consumidores y (lo más importante) proteger el valor de las marcas privadas y la reputación de los minoristas.

5. Como reacción a la tendencia de la última década a establecer normas privadas voluntarias cada vez más estrictas y de más alcance, los países en desarrollo han recurrido a la Organización Mundial del Comercio para determinar si las disposiciones de los acuerdos abarcados correspondientes, en particular el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

² En los trabajos sobre el tema se emplean indistintamente las expresiones "normas privadas" y "normas privadas voluntarias". Ambas se refieren a prescripciones a las que está supeditada la compra de mercancías y que son establecidas por compradores privados. Dichas prescripciones son voluntarias en el sentido de que no las impone la ley; sin embargo, al propio tiempo puede ocurrir que en la práctica un proveedor no tenga más opción que cumplir las normas para poder vender a los principales compradores de determinados productos en algunos mercados concretos. Como se observa en el mandato de este proyecto, en este último aspecto, el cumplimiento de las normas privadas puede ser obligatorio *de facto*. En este informe, se emplean las denominaciones "normas privadas" y "normas privadas voluntarias" con el mismo significado.

(Acuerdo MSF) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), ayudan a contrarrestar esa tendencia. Los representantes de las grandes cadenas de supermercados reconocen que hay un riesgo comercial asociado a la reacción negativa de los países en desarrollo frente a sus normas privadas voluntarias.

1. Algunos ejemplos de normas privadas voluntarias

6. El documento de antecedentes elaborado por la Secretaría de la OMC³ para la reunión del Comité MSF de febrero de 2007 incluye un cuadro donde se mencionan algunos de los sistemas de normas privadas voluntarias más destacados:

Sistemas de empresas específicas	Sistemas colectivos nacionales	Sistemas colectivos internacionales
<ul style="list-style-type: none"> o Tesco Nature's Choice o Carrefour Filière Qualité 	<ul style="list-style-type: none"> o Assured Food Standards o British Retail Consortium Global Standard - Food (Norma alimentaria global del Consorcio británico del comercio minorista - Productos alimenticios) o QS Qualität Sicherheit o Label Rouge o Norma técnica de la Federación de la industria de la alimentación y la bebida (Food and Drink Federation) y del Consorcio británico del comercio minorista (BRC) para el suministro de ingredientes y productos alimenticios no modificados genéticamente de identidad preservada 	<ul style="list-style-type: none"> o EurepGAP o International Food Standard (Norma alimentaria internacional) o Global Food Safety Initiative (Iniciativa Mundial de Inocuidad de los Alimentos) o ISO 22000: Food safety management systems (Sistemas de gestión de la inocuidad de los alimentos) o Safe Quality Food (SQF) (Productos alimenticios inocuos y de calidad) 1000 y 2000 o ISO 22005: Trazabilidad (rastreadabilidad) en la cadena de alimentación animal y humana

7. Los sistemas de normas privadas voluntarias por lo común empezaron ocupándose de las cuestiones relacionadas con la integridad de los productos (antes y después de la salida de la explotación agrícola) y han ido cambiando progresivamente, hasta abarcar cuestiones relacionadas con la procedencia (ambientales, laborales, de higiene y seguridad en el trabajo, etc.). Algunos sistemas (como EurepGAP) se refieren de manera especial a las buenas prácticas agrícolas, por lo que se ocupan principalmente de las actividades en la explotación, mientras que otros (como la Norma alimentaria global del Consorcio británico del comercio minorista, BRC) se ocupan de las fases ulteriores de la cadena de producción y distribución de los alimentos. Muchos sistemas hacen hincapié en el control de los procesos usando mecanismos para verificar la inocuidad de los alimentos basados en el análisis de peligros y puntos críticos de control (HACCP) u otros métodos. La finalidad principal de algunos sistemas (como la Iniciativa Mundial de Inocuidad de los Alimentos) es armonizar varios sistemas diferentes o compararlos entre sí; otros se utilizan a sí mismos como puntos de referencia. Algunos sistemas (como Tesco Nature's Choice) han sido desarrollados y son aplicados por una empresa exclusivamente para uso propio; otros (ISO 22000) están pensados para una aplicación general. La mayor parte de los sistemas depende para su aplicación de auditorías de terceros efectuadas por organismos de certificación acreditados. A pesar de que hay infinidad de diferencias (de mayor y menor importancia) entre los distintos sistemas, a efectos del presente estudio

³ OMC: *Las normas privadas y el Acuerdo MSF* (G/SPS/GEN/746).

no se distinguirá entre las tres categorías de sistemas identificadas en el cuadro anterior, a menos que dicha distinción sea significativa en relación con la respuesta apropiada al mandato del estudio.

D. COMENTARIOS Y ESTUDIOS EMPÍRICOS

8. En los últimos años se han publicado muchos trabajos sobre el tema de las normas privadas voluntarias, incluidos varios estudios empíricos sobre industrias y países concretos. El presente informe no tiene la finalidad de examinar y sintetizar esas obras; en cualquier caso, hay varios comentarios recientes que ofrecen excelentes reseñas.⁴ Con todo, el análisis efectuado en este informe ha de basarse en una descripción de la naturaleza del problema (si existe), sus características particulares y su magnitud.

9. En un estudio de la OCDE⁵ basado en entrevistas con representantes de destacados minoristas de productos alimenticios, titulares de normas y fabricantes, así como en encuestas de asociaciones de agricultores se señala lo siguiente:

"Garantizar la inocuidad de los alimentos se considera un requisito básico para comerciar en el sector de los alimentos. Más del 85 por ciento de los minoristas dijeron que las normas que imponían eran más rigurosas que las del gobierno y aproximadamente la mitad de ellos dijeron que eran notablemente más rigurosas ... Este resultado se explica por los protocolos de control de la inocuidad y la calidad adoptados y por los requisitos adicionales propios de cada empresa. Estos pueden incluir listas ampliadas de posibles alérgenos y contaminantes, materiales de embalaje y atención especial en los procedimientos de transporte, almacenamiento y distribución."

En resumen:

"En líneas generales, el estudio concluye que los sistemas de normas privadas voluntarias pueden contribuir a mejorar la eficiencia del sistema alimentario y generar y garantizar características específicas de los productos y procesos a un costo razonable para los consumidores. Sin embargo, estas normas también pueden dar por resultado la exclusión de algunos productores. La observancia de los sistemas de normas privadas voluntarias puede excluir a los productores que, por no poder aprovechar economías de escala o por otros motivos, tienen dificultades para cumplir las prescripciones impuestas por las normas y preservar su viabilidad económica. El estudio también indica que esta cuestión podría tener mayor importancia para los agricultores pequeños de los países en desarrollo, que a menudo deben enfrentarse además a la falta de servicios institucionales y de infraestructura física eficientes. Sin embargo, este hecho no se debe exclusivamente a los sistemas de normas privadas, sino que probablemente se enmarca en las tendencias generales de organización de la industria (por ejemplo, la concentración, la búsqueda de economías de escala o de nuevas formas de comerciar) que se están desarrollando en todos los sectores de la economía."

En el estudio también se llegó a la siguiente conclusión:

"Los resultados de la encuesta de asociaciones de agricultores confirmaron la gran importancia atribuida a la inocuidad de los alimentos, pero también a otras características del

⁴ Véanse, por ejemplo, Jaffee y Henson 2004, OCDE 2006, Chia-Hui Li 2006.

⁵ Comité de Agricultura: *Final report on private standards and the shaping of the agro-food system*, Dirección de Alimentación, Agricultura y Pesca de la OCDE, París, 2006. Lisa Fulponi fue la funcionaria de contacto para este estudio.

proceso de producción, en especial las prácticas agroambientales. Se consideró que el cumplimiento de las normas privadas era una condición previa para concertar transacciones tanto con los fabricantes como con los minoristas. Sin embargo, en muchas respuestas se indicó que las prescripciones de las distintas normas se superponían y se manifestó el deseo de que las normas se armonizaran. Los efectos señalados de las normas sobre los ingresos y el medio ambiente eran ambiguos."

10. Spencer Henson (documento del Consorcio de Investigación Comercial Agrícola Internacional, 2006) señala:

"Examinando en primer lugar la posibilidad de que las normas privadas sobre inocuidad y calidad de los alimentos creen obstáculos al comercio, resulta evidente que los sistemas reforzados conexos de control de la inocuidad y la calidad de los alimentos, que en muchos casos van mucho más allá de las prescripciones reglamentarias, pueden imponer importantes costos de cumplimiento a los exportadores. Además, es probable que estos costos sean más elevados para los exportadores de los países donde las normas públicas y/o privadas sobre inocuidad de los alimentos están menos desarrolladas. ... Al mismo tiempo, sin embargo, en muchos mercados de productos agrícolas y alimenticios, las normas públicas siguen siendo la forma predominante de gestión (por ejemplo, en los cereales a granel, las legumbres y hortalizas y frutas para elaboración, etc.), de modo que es poco probable que en la actualidad las normas interempresariales y colectivas privadas sobre inocuidad y calidad de los alimentos constituyan un obstáculo importante al comercio. Asimismo, en muchos países del mundo las normas privadas están menos desarrolladas (en el Japón, por ejemplo) y los reglamentos públicos son la influencia predominante en el comercio."

En otro trabajo, Henson y Reardon⁶ hacen la siguiente observación:

"Comunicar al consumidor urbano o de los países desarrollados que las normas privadas exceden en rigor y/o en grado de aplicación a las normas públicas alienta a los consumidores a comprar productos procedentes de países que en otro caso considerarían que tienen reglamentaciones poco exigentes en materia de calidad e inocuidad."

11. Según un importante estudio del Banco Mundial⁷:

"Aunque las normas nuevas o más estrictas pueden constituir un obstáculo al comercio, más a menudo sirven como elemento catalizador de un cambio paulatino. Unas normas más rigurosas pueden estimular a la inversión en la modernización de la cadena de la oferta, aportar mayores incentivos para la adopción de mejores prácticas de control de la inocuidad y la calidad en la agricultura y la fabricación de alimentos y contribuir a aclarar las funciones convenientes y necesarias del gobierno en la vigilancia de la inocuidad de los alimentos y la sanidad agropecuaria. En lugar de mermar la ventajas comparativa de los países en desarrollo, el proceso de cumplimiento puede generar nuevas formas de ventajas comparativas y contribuir a un comercio más sostenible y rentable a largo plazo, como demuestran los estudios monográficos sobre la horticultura de Tailandia y Kenya, los camarones de Tailandia y Nicaragua y las especias de la India."

Además:

⁶ Henson y Reardon 2005.

⁷ Banco Mundial 2005.

"Los países en desarrollo como grupo no son perjudicados por el endurecimiento de las normas sanitarias y fitosanitarias. Sin embargo, los diferentes métodos usados para asegurar el cumplimiento y las dificultades técnicas y administrativas que ello supone afectan a la competitividad relativa de algunos países en los mercados de productos alimenticios de alto valor. Los proveedores más grandes y más activos tienden a tener una ventaja especial, porque pueden aprovechar economías de escala, tienen más acceso a la información y se benefician de una sólida reputación (por ejemplo, entre los inspectores extranjeros). Con todo, la adopción de medidas eficaces puede ser decisiva. Hay ejemplos de industrias bien organizadas y de empresas y cadenas de suministro bien administradas en países de bajos ingresos (como Kenya) que han mantenido o incluso mejorado su competitividad y su participación en el mercado durante este período de aplicación de normas más rigurosas."

12. Los autores del trabajo del Banco Mundial advierten que el entorno en que se aplican las normas es complejo y dinámico, por lo que no es fácil generalizar: el equilibrio entre las normas como obstáculos y las normas como catalizadores es específico para cada producto y en cada mercado.

13. Un importante estudio hecho para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID)⁸ acerca de la relación de la certificación por terceros con las medidas sanitarias y fitosanitarias y el comercio agroalimentario internacional incluyó tres monografías sobre países. En el informe del estudio (en el anexo 4, sobre la relación entre los minoristas de productos alimenticios de los Estados Unidos y la certificación por terceros) se observa que:

"La pregunta de quién paga la certificación por terceros tiene una respuesta fácil: el proveedor. Todos los participantes [representantes de minoristas de los Estados Unidos] explicaron que se espera de los proveedores que sufraguen el costo íntegro de la certificación por terceros y los gastos complementarios ulteriores de las auditorías anuales. Se dijo que normalmente esos costos se transferirían a fases posteriores de la cadena de suministro pero que, en un entorno tan competitivo, en el que hay tantos proveedores y tan pocos compradores, a los proveedores les resulta muy difícil transferir dichos costos. Los minoristas eran conscientes de que no es raro que los proveedores de los países en desarrollo tengan que pagar los viajes por avión de auditores a lugares donde no hay empresas de auditoría por terceros. Reconociendo que la certificación por terceros podía ser sumamente cara y que esto suponía una carga enorme para los proveedores, algunos participantes trataron de encontrar alternativas que no impusieran a los proveedores la necesidad de pagar más gastos innecesarios. Esa fue una de las principales razones de que se promoviera la formulación de normas de auditoría y de que se aplicaran normas de auditores en lugar de las normas de cada minorista, de modo que los proveedores sólo tuvieran que recurrir a una auditoría, y no a varias, para satisfacer de manera económica los requisitos de todos sus compradores.

Por lo general, sin embargo, los participantes opinaron que los beneficios de la certificación por terceros superan a su costo. En primer lugar, la certificación por terceros puede emplearse como un instrumento de comercialización para promover los productos (aunque ningún participante dijo que respondía a esas campañas de comercialización). En segundo lugar, la certificación por terceros permite a los compradores acceder a las cadenas minoristas más grandes. Por lo tanto, si los compradores desean participar en esos mercados, no tienen más alternativa que recurrir a la certificación por terceros."

⁸ Véase *Development Alternatives, Inc.* 2005.

1. Cuestiones que suscitan inquietud

14. Una muestra pequeña⁹ de opiniones incluidas en la literatura pertinente ha permitido confeccionar la siguiente lista breve de cuestiones que pueden suscitar preocupación:

- Aunque las normas privadas voluntarias pueden en muchos casos suponer un estímulo para mejorar las prácticas y el rendimiento de la producción en los países exportadores y dar una ventaja competitiva a los productores que las cumplen, también pueden convertirse en importantes obstáculos al acceso a los mercados para algunas industrias en algunos países, en especial en los países menos adelantados. Asimismo pueden representar una desventaja proporcionalmente mayor para los productores más pequeños.
- Esos obstáculos al comercio tienen que ver con varios factores, entre los que figuran:
 - los costos iniciales de capital para nuevos edificios e instalaciones de otro tipo, para los HACCP en las empresas y otros sistemas de inocuidad de los alimentos, etc.;
 - los gastos iniciales y periódicos por concepto de certificación por terceros;
 - costos de explotación más elevados para los productores;
 - la reducción de los márgenes de beneficio.
- La carga para los exportadores es más pesada cuando, por ejemplo:
 - las normas privadas voluntarias se formulan sin consultar a los proveedores;
 - deben cumplirse diferentes prescripciones privadas para distintos mercados y para diferentes compradores en el mismo mercado de exportación;
 - la certificación por terceros sólo puede obtenerse a precios propios de los países desarrollados;
 - los compradores no ofrecen contratos de compra a largo plazo para reducir la incertidumbre de los proveedores dispuestos a cumplir las prescripciones, que deben hacer inversiones para cumplir las normas privadas voluntarias.

Los productores también pueden considerarse perjudicados si se imponen normas privadas ostensiblemente más estrictas que no estén justificadas objetivamente, por ejemplo en el caso de una cadena de supermercados europea que insistió en que los residuos de plaguicidas no fueran de más de un tercio del nivel prescrito oficialmente.¹⁰ También puede ocurrir que a los productores les resulte

⁹ De ninguna manera se quiere dar a entender que la muestra sea representativa.

¹⁰ Véase Chia-Liu (2006), p. 27. Esta iniciativa significa, o bien que el minorista desconocía el fundamento técnico con que normalmente se fijan los límites máximos de residuos -a saber, tan por debajo del nivel que científicamente se considera inocuo como lo permiten las buenas prácticas agrícolas-, o bien que el minorista tenía la intención de engañar a los consumidores afirmando que las mercaderías que vendía eran más seguras porque se les aplicaban normas privadas más estrictas, o ambas cosas. Otro importante minorista europeo dice que, "si a nuestros clientes no les gusta", simplemente no permitirá que un determinado producto químico de uso agrícola se aplique a los productos que adquiere, aunque ese producto químico sea inocuo cuando se emplea correctamente.

difícil conciliar exigencias de los importadores no relacionadas con las características del producto (por ejemplo, prescripciones sobre protección de los animales o el medio ambiente, es decir, las llamadas "características de confianza") con las circunstancias, los valores y las prácticas locales.

15. La lista de cuestiones precedente no pretende ser exhaustiva; su finalidad es simplemente ayudar a delimitar el tratamiento que se hace a continuación del problema general de las normas privadas voluntarias en el contexto de la Organización Mundial del Comercio.

E. HISTORIA DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LOS ACUERDOS GATT, MSF Y OTC

- *Examinar cómo han evolucionado los Acuerdos OTC, MSF y GATT con respecto a la inclusión y definición de la función de las instituciones no gubernamentales*¹¹

1. Sinopsis del Acuerdo MSF

16. El Acuerdo MSF se negoció durante la Ronda Uruguay para establecer disciplinas sobre el empleo posible de medidas técnicas (normas alimentarias, controles de cuarentena, etc.) con objeto de impedir su utilización injustificada o arbitraria como obstáculos al comercio. Objetivos similares tuvo la elaboración del Acuerdo OTC en sustitución del Código de Normas del GATT, de aplicación voluntaria, negociado en la Ronda de Tokio y adoptado en 1979.

17. El Acuerdo MSF confirma el derecho de los Miembros de la OMC a aplicar las medidas que consideren necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales contra determinados riesgos específicos. Al propio tiempo, impone a los Miembros de la OMC la obligación de lograr el nivel apropiado de protección de una manera que no dé por resultado restricciones arbitrarias o injustificadas del comercio. Por consiguiente, las medidas sanitarias y fitosanitarias (leyes, reglamentos, normas, prescripciones oficiales en materia de inspección, certificación, muestreo, prueba, etc.) sólo deben aplicarse en cuanto sean necesarias y no pueden mantenerse sin testimonios científicos suficientes. Tampoco pueden mantenerse medidas de una manera discriminatoria, teniendo en cuenta los riesgos relativos. Se considera que las medidas basadas en las normas, directrices y recomendaciones internacionales cumplen estas prescripciones, y los Miembros están obligados a basar sus medidas en normas internacionales, cuando existan, a menos que haya una justificación científica para adoptar un enfoque más estricto, o que dicho enfoque sea necesario para alcanzar el nivel adecuado de protección. Las medidas no basadas en normas internacionales deben basarse en una evaluación del riesgo apropiada a las circunstancias y deben reflejar un enfoque coherente para alcanzar el nivel aceptable de protección contra el riesgo. Pueden adoptarse medidas a título provisional cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes para efectuar una evaluación adecuada del riesgo, pero se debe tratar de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo, y las medidas provisionales deben revisarse en un plazo razonable.

18. Hay disposiciones especiales sobre el reconocimiento de zonas libres de plagas y enfermedades o en las que su incidencia es reducida, así como sobre la aceptación por el país importador de las medidas aplicadas por el país exportador que difieran de las del país importador, pero que logren el mismo nivel de protección que las de este último (y que por lo tanto son *equivalentes*).

19. El Acuerdo MSF contiene disposiciones detalladas sobre la *transparencia* para garantizar que todos los Miembros puedan acceder a información acerca de las medidas sanitarias y fitosanitarias

¹¹ Para facilitar la lectura, la parte pertinente del mandato del presente proyecto se cita de esta forma al comienzo de las secciones correspondientes.

que afectan o pueden afectar a su comercio con otros Miembros de la OMC. En particular, cada Miembro deberá tener un servicio de información a disposición de los demás Miembros de la OMC, y las medidas nuevas que no estén basadas en normas internacionales deberán notificarse con antelación a los demás Miembros, para que puedan tenerse en cuenta las observaciones que formulen. A este último efecto, se designará un solo organismo nacional de notificación.

20. Las normas, directrices y recomendaciones internacionales mencionadas en el Acuerdo MSF son las normas pertinentes promulgadas por la Comisión del Codex Alimentarius (en lo referente a la inocuidad de los alimentos) y la Oficina Internacional de Epizootias (u Organización Mundial de Sanidad Animal), así como en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. Cabe señalar que en este contexto el término *norma* no tiene el mismo significado que en el texto del Acuerdo paralelo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. En el Acuerdo MSF, una norma es una especificación prescriptiva de aplicación obligatoria; en el Acuerdo OTC, es una especificación prescriptiva de aplicación voluntaria; en este último Acuerdo las normas obligatorias -ya sean oficiales o privadas- reciben el nombre de *reglamentos técnicos*.

21. La disposición del Acuerdo MSF que al parecer puede estar más directamente relacionada con la cuestión del establecimiento y la aplicación de normas privadas es el artículo 13, relativo a la aplicación:

En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas. Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del Gobierno central. Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales [sin negritas en el original] existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.

La posibilidad de aplicar esta disposición al establecimiento y la aplicación de normas privadas depende de si se considera que la expresión "entidades no gubernamentales" abarca las instituciones privadas.

2. Sinopsis del Acuerdo OTC

22. De conformidad con el Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC han de basar los reglamentos técnicos que aplican a los productos importados (como prescripciones en materia de calidad de los productos o normas relativas a los equipos de comunicaciones) en normas internacionales, cuando las haya y sean pertinentes. Si los reglamentos técnicos no se basan en normas internacionales pero si pueden afectar significativamente al comercio, deben elaborarse de una manera transparente y debe darse a los demás países la posibilidad de formular observaciones, que se tendrán en cuenta antes de su ultimación. Los reglamentos técnicos han de tener un objetivo legítimo y no deben ser más restrictivos del comercio que lo que sea necesario para alcanzar dicho objetivo, teniendo en cuenta la posibilidad de que su incumplimiento acarree consecuencias negativas. Las medidas aplicadas no deben constituir una discriminación en favor de las mercancías de producción nacional, ni de las mercancías procedentes de un país exportador con respecto a mercancías similares procedentes de otro país exportador. Hay disposiciones paralelas en relación con los procedimientos de evaluación

de la conformidad (mecanismos impuestos por un país importador para verificar que un producto se ajusta a las prescripciones nacionales pertinentes). El Acuerdo OTC contiene disposiciones sobre transparencia similares en líneas generales a las del Acuerdo MSF.

23. El artículo 3 del Acuerdo OTC se refiere a la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones públicas locales y por instituciones no gubernamentales (definidas, aunque no en forma exhaustiva, como las instituciones no gubernamentales legalmente habilitadas para hacer respetar un reglamento técnico). En líneas generales, los Miembros están obligados en virtud de este artículo a tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las organizaciones no gubernamentales cumplan las disposiciones del artículo 2 del Acuerdo (a excepción de la obligación de notificar), es decir, garantizar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el párrafo anterior. Además, el artículo 8 establece que los Miembros pondrán el máximo empeño en asegurarse de que las instituciones no gubernamentales que apliquen procedimientos de evaluación de la conformidad cumplan las disposiciones del Acuerdo relativas a la evaluación de la conformidad por parte de las instituciones gubernamentales. El artículo 4 prevé la misma obligación de poner el máximo empeño para que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización cumplan el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas, que figura en un anexo al Acuerdo. (El artículo 4 obliga a las instituciones del Gobierno central con actividades de normalización a aceptar y cumplir el Código de Buena Conducta.)

24. El Código de Buena Conducta dispone que las instituciones de normalización deberán atenerse a los principios de no discriminación, evitar obstáculos innecesarios al comercio internacional, respetar las normas internacionales existentes, colaborar con las instituciones de normalización internacionales pertinentes, evitar la duplicación del trabajo realizado por otras instituciones de normalización, definir las normas sobre las características de los productos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más que en función de su diseño o de sus características descriptivas, velar por la transparencia y consultar a las partes interesadas. Las instituciones con actividades de normalización que hayan aceptado el Código notificarán este hecho al Centro de Información de la ISO/CEI, que publicará regularmente la lista de dichas instituciones. En la lista publicada en enero de 2006 figuraban instituciones de normalización de 113 países, así como organizaciones europeas y de Hong Kong, China.¹² La mayor parte de las instituciones que aparecen en la lista son instituciones de normalización del Gobierno central y el resto son en su mayoría instituciones de normalización nacionales de base amplia, cuyas actividades no se limitan a un solo sector de actividad. Figuran unas pocas instituciones pertenecientes a sectores específicos de la industria, por ejemplo en Australia, Corea y el Japón, que se ocupan principalmente de normas sobre electricidad, electrónica y telecomunicaciones. En la lista de enero de 2006 no figuraba ninguna institución de normalización no gubernamental dedicada a las normas sanitarias o fitosanitarias, ni a las normas alimentarias específicamente.

3. Consideración de las normas privadas y la función de las instituciones no gubernamentales

25. Los Acuerdos MSF y OTC se negociaron en la Ronda Uruguay, entre 1986 y 1994. Si bien las normas privadas voluntarias se emplearon ampliamente antes y durante ese período, las normas sobre inocuidad eran consideradas por lo común como una esfera de acción de los gobiernos, que se plasmaba en reglamentos técnicos (según la terminología del Acuerdo OTC) o en medidas sanitarias (según la terminología del Acuerdo MSF). La incorporación en las normas privadas voluntarias de las preocupaciones de los consumidores acerca de las características de los alimentos referentes a la protección de los animales, el medio ambiente, la seguridad e higiene en el trabajo y la seguridad del

¹² ISO/CEI 2006.

consumidor, por ejemplo, es un fenómeno posterior a la negociación de los Acuerdos MSF y OTC y que coincidió con el rápido aumento de la penetración en el mercado de las cadenas de supermercados muy grandes (" *multiples*", según la terminología británica). Según lo que recuerdan dos personas que participaron directamente en las negociaciones que desembocaron en el Acuerdo MSF¹³, la posibilidad de aplicar el Acuerdo a las normas privadas voluntarias no se mencionó nunca en las reuniones formales de negociación ni en los debates informales. Como se comenta con más detalle más adelante, la referencia a las "entidades no gubernamentales" en el artículo 13 del Acuerdo no contemplaba por lo tanto específicamente la aplicación del Acuerdo MSF a la elaboración de normas privadas voluntarias ni la evaluación de la conformidad a la luz de dichas normas.

26. Por el contrario, el Acuerdo OTC aborda no solamente la elaboración y aplicación (incluida la "evaluación de la conformidad") de reglamentos técnicos obligatorios por parte de los gobiernos, sino también, de manera explícita, las actividades privadas de elaboración y adopción de normas y de evaluación de la conformidad. Existían antecedentes de estas obligaciones establecidas en el marco de la OMC en relación con las actividades privadas en el Código de Normas del GATT, que contenía disposiciones sobre la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y normas por parte de instituciones no gubernamentales, así como sobre los procedimientos de evaluación de la conformidad por parte de dichas instituciones. En el Acuerdo OTC se hicieron adiciones importantes, a saber el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas y las disposiciones mucho más extensas sobre la evaluación de la conformidad. Estas últimas podrían considerarse una respuesta directa a casos anteriores notorios, por ejemplo el de un país europeo que imponía la evaluación de la conformidad de determinados aparatos electrónicos de consumo importados después de su llegada, pero limitaba la posibilidad de efectuar dicha evaluación a un solo emplazamiento alejado de los puertos de entrada, lo que significaba que se producían importantes demoras en el procedimiento de evaluación. (En la sección 2.1.1 del informe jurídico contenido en el anexo 5 y en el documento de la Secretaría de la OMC de 1995 figura información más pormenorizada sobre la historia de la negociación del Acuerdo OTC.)

4. GATT

27. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio no prevé una función para las instituciones no gubernamentales.

F. LA OMC Y LAS INSTITUCIONES PRIVADAS

- ***Examinar brevemente cómo se enfocan en la OMC otras relaciones pertinentes con instituciones privadas, así como las posiciones y acuerdos a que han llegado los Miembros sobre esta cuestión***

28. Por lo general, las relaciones entre la OMC y las instituciones privadas (en la limitada medida en que se producen de vez en cuando) conciernen en su mayor parte al intercambio mutuamente beneficioso de información, lo cual se debe a que los Miembros de la OMC son gobiernos nacionales y a que las disciplinas impuestas por los Acuerdos abarcados se refieren a la conducta de los Miembros. Los Miembros de la OMC, en virtud de una decisión adoptada por el Consejo General hace unos 10 años, decidieron no dar a las organizaciones no gubernamentales la condición de observadoras en los distintos Comités de la OMC; una excepción es la ISO (que está compuesta por

¹³ Gretchen Stanton, que presidió casi todas las reuniones de negociación, y el autor principal del presente informe (Digby Gascoine), quien representó a Australia en las negociaciones.

una combinación de instituciones gubernamentales y no gubernamentales), que participa en calidad de observadora en los Comités MSF y OTC.¹⁴

G. LOS MIEMBROS DE LA OMC Y LAS INSTITUCIONES DE NORMALIZACIÓN PRIVADAS

- *Analizar brevemente cómo los Miembros de la OMC representan los intereses de las instituciones de normalización privadas en los Comités OTC y MSF de la OMC*

29. Dado que el Acuerdo MSF no contiene ninguna mención directa de las instituciones de normalización privadas, no resulta extraño que no hubiera ninguna referencia a esas organizaciones en las actuaciones del Comité MSF antes de las intervenciones de San Vicente y las Granadinas y otros países¹⁵ en junio de 2005 en relación con EurepGAP y las exportaciones de bananos (y otros productos). La reacción de la Unión Europea en esa ocasión se resumió como sigue:

"La representante de las Comunidades Europeas aclaró que EurepGAP no era un órgano de las CE ni de ninguno de sus Estados miembros. Era un consorcio del sector privado que representaba los intereses de los principales minoristas. En ningún caso podían las prescripciones de EurepGAP ser presentadas como prescripciones de las CE. Aun cuando esas normas, en ciertos casos, excedieran de las prescripciones establecidas en las normas sanitarias y fitosanitarias de las CE, éstas no podían oponerse a ellas porque no estaban en contradicción con la legislación comunitaria. Esta era una cuestión que las CE deseaban debatir en el seminario informativo que se celebraría el 19 de julio [de 2005] en Bruselas. La representante de las Comunidades Europeas alentó a los países en desarrollo, y en particular a los PMA, a examinar esta cuestión junto con las organizaciones no gubernamentales, puesto que, en muchos aspectos, las prescripciones de EurepGAP se hacían eco de las preocupaciones de éstas. La actual acumulación de normas de este tipo ofrecía una oportunidad para hacer hincapié en el valor de las normas oficiales, ya que las normas privadas eran a menudo mucho más estrictas."¹⁶

Posteriormente se organizó una sesión de información, paralelamente a la reunión del Comité MSF de octubre de 2006, con representantes de EurepGAP y la UNCTAD.

30. En febrero de 2007 los miembros del Comité MSF volvieron a tratar la cuestión. La Secretaría, San Vicente y las Granadinas, las Bahamas, la UNCTAD, la ISO y la OCDE presentaron documentos. En el debate, la mayor parte de las delegaciones que intervinieron opinaron que las normas privadas tenían ventajas e inconvenientes: a quienes podían cumplirlas, les proporcionaban algunos beneficios en términos de un mejor acceso a los mercados, pero también suscitaban considerable preocupación en relación con los costos adicionales de certificación, la ausencia de mecanismos de rendición de cuentas, la falta de participación de los países en desarrollo en la elaboración de las normas, etc. No obstante, las normas privadas no iban a desaparecer, y a los exportadores más grandes les resultaría más fácil cumplirlas que a los más pequeños. Por consiguiente, era necesario centrarse en ayudar a los productores más pequeños y en lograr una mayor participación de los países en desarrollo en el establecimiento de normas privadas. Se acordó volver a debatir la cuestión en la reunión de junio del Comité, que sería precedida por una nueva reunión informal en la que participarían representantes de EurepGAP y del Comité OTC.

¹⁴ La ISO tenía una condición similar en relación con el antiguo Código de Normas.

¹⁵ Jamaica, el Perú, el Ecuador y la Argentina.

¹⁶ OMC: G/SPS/R/37.

31. En los países que disponen de mecanismos de consulta entre el gobierno y las partes interesadas sobre las cuestiones que se plantean en los Comités MSF y OTC, sería normal que se procediera a un intercambio de información con las instituciones de normalización privadas con antelación a reuniones como la prevista para el próximo mes de junio. Así tendría que ser en la mayor parte de los países desarrollados y probablemente en muchos países en desarrollo cuyas industrias de exportación pueden resultar afectadas por las normas privadas. Sin embargo, los Miembros de la OMC no están obligados a representar a las instituciones privadas en las actuaciones de los Comités de la OMC. Por otra parte, en caso de que los Miembros decidieran que las disposiciones de uno de los Acuerdos, o de ambos, exigen un enfoque proactivo del gobierno para someter a disciplinas las actividades de los organismos de normalización privados, dichos organismos desearían sin duda que sus opiniones se pusieran en conocimiento de los Comités y los gobiernos de los Miembros, de modo que habría que considerar cómo podría hacerse esto. Al mismo tiempo, por analogía con las disposiciones de los Acuerdos MSF y OTC que prevén que los Miembros participen en la medida de sus posibilidades en las actividades de las instituciones competentes de normalización internacionales, los Miembros quizá consideren necesario participar más activamente en el establecimiento de normas privadas. Todas estas propuestas hipotéticas son problemáticas.

H. DEFINIR LA FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE NORMALIZACIÓN NO GUBERNAMENTALES EN EL MARCO DEL ACUERDO MSF, INCLUIDA LA POSIBLE APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENA CONDUCTA DEL ACUERDO OTC

- *Investigar las ventajas e inconvenientes de definir mejor la función de las instituciones no gubernamentales de normalización en el marco del Acuerdo MSF (sobre la base de conversaciones con participantes importantes, incluidas instituciones de normalización privadas);*
 - *considerando algunas de las cuestiones de política planteadas en el reciente informe de la OCDE¹⁷ sobre este tema, entre ellas:*
 - *¿cuáles son las cuestiones cuya determinación debe confiarse al sector privado y cuáles requieren una supervisión o intervención de los gobiernos?;*
 - *¿en qué esferas hace falta colaboración para satisfacer las necesidades de la industria y los minoristas de productos alimenticios y las responsabilidades del gobierno ante la sociedad?;*
- *examinar cómo las instituciones no gubernamentales emplean el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC y otros sistemas no gubernamentales como el de la Alianza ISEAL, y estudiar la conveniencia de un mecanismo similar para sistemas privados de inocuidad de los alimentos en el marco del Acuerdo MSF.*

1. Alcance de la cuestión

32. Para examinar este aspecto del mandato, se deja de lado la cuestión práctica de si el Acuerdo MSF puede modificarse de alguna forma para definir mejor la función de las instituciones de normalización no gubernamentales, cuestión que se trata en la sección siguiente. El asunto central que se trata aquí es si, en conjunto, sería deseable introducir algún tipo de disciplina, limitación o directriz para la elaboración y aplicación de normas privadas voluntarias relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias abarcadas por el Acuerdo MSF. El análisis abarcará no sólo las instituciones

¹⁷ OCDE 2006.

privadas de normalización, sino también las instituciones privadas que aplican dichas normas. (En algunas ocasiones, como ocurre con algunas grandes cadenas de supermercados, quien establece las normas es también quien las aplica.)

2. Principios

33. La intervención reglamentaria o de otro tipo de los gobiernos en las actividades económicas del sector privado responde a objetivos como la mejora de la eficiencia en la utilización de los recursos (por ejemplo, facilitando la competencia en los mercados) o la reducción de las disparidades entre los beneficios y costos privados y los beneficios y costos sociales (estos últimos incluyen externalidades como los daños al medio ambiente). Los gobiernos también intervienen para corregir las desigualdades en la distribución de los ingresos o la riqueza. Los argumentos a favor de la intervención dependen de que ésta pueda hacerse de una manera práctica y eficiente y constituya una respuesta efectiva a un problema importante.

34. En el marco de la OMC, el objetivo principal es reducir, contener o impedir la creación de obstáculos injustificados al comercio. En este contexto, los problemas de desigualdad no tienen que ver con los individuos, sino con el desequilibrio entre los países más ricos y los más pobres, reconocido de distintas formas en los acuerdos abarcados con las disposiciones sobre la asistencia técnica, el trato especial y diferenciado, etc.

3. Características positivas de las normas privadas voluntarias

35. ¿Crean las normas privadas voluntarias obstáculos arbitrarios o injustificados al comercio? Los representantes de las cadenas de supermercados que aplican normas privadas sostienen ante todo que su participación es necesaria para garantizar el cumplimiento de las prescripciones oficiales. Al menos en algunos países, es indiscutible que los comerciantes en productos alimenticios son jurídicamente responsables de garantizar la inocuidad de los productos y deben dar muestra de la debida diligencia para garantizar la conformidad con las normas oficiales. Ocasionalmente se observa que las medidas oficiales pueden no ser efectivas siempre, de modo que está justificado que los mayoristas y minoristas de alimentos apliquen medidas de inocuidad apropiadas. Sea como fuere, los principios que rigen en la actualidad el control de los alimentos suponen que la responsabilidad primordial de garantizar la inocuidad de los alimentos corresponde a los productores, los distribuidores y los vendedores de productos alimenticios, y no a los organismos reguladores públicos, cuya función se reduce cada vez más a hacer auditorías de la conducta del sector privado a este respecto. En la medida en que las normas privadas tienen la finalidad de cumplir las prescripciones oficiales, resulta difícil ver cómo se podría defender una intervención cuyo propósito fuera limitar la actuación de las instituciones privadas competentes.

36. En segundo lugar, se aduce que los consumidores quieren que los alimentos ofrezcan un nivel de seguridad mayor que el previsto en los sistemas oficiales de control. Algunas cadenas de supermercados y otros representantes de la industria dicen que sus normas privadas constituyen una respuesta legítima a esa demanda. Aunque los organismos gubernamentales tienden a ver con malos ojos que los minoristas usen argumentos sobre la inocuidad de los productos para promover su venta (porque al hacerlo dan a entender que los alimentos vendidos por otros son menos seguros o incluso no lo son en absoluto), es difícil refutar de manera concluyente la posición de la industria si ésta respeta debidamente la soberanía del consumidor y en la medida en que las disposiciones de seguridad que se adoptan no son excesivamente onerosas en relación con los resultados efectivos. Puede incluso ocurrir que las instituciones privadas dedicadas a la producción, distribución y venta de alimentos conozcan mejor que los organismos gubernamentales los riesgos que pueden crear los alimentos. No hay pruebas claras de que las normas privadas voluntarias actúen significativamente en perjuicio de los consumidores, especialmente si los mayores costos asociados a las medidas adicionales de

inocuidad que exigen los minoristas pueden compensarse con reducciones en otros costos o los márgenes de beneficio de los diferentes componentes de la cadena de suministro.

37. En tercer lugar, los minoristas aducen que su elevado nivel de inversión en la creación y comercialización de sus marcas de distribuidores justifica la adopción de medidas muy rigurosas para prevenir el daño que causaría a sus marcas una crisis en la inocuidad de los alimentos. Aunque se trata de un argumento interesado, resulta difícil ver cómo se podría defender una intervención de los gobiernos por conducto de la OMC que antepusiera efectivamente la opinión del gobierno a este respecto a la de los titulares de las marcas.

38. En cuarto lugar, se argumenta que la imposición de prescripciones privadas estrictas a los productores tiene efectos positivos porque estimula la capacitación técnica y la inversión de capital e incrementa la calidad de los productos. Eso puede ser beneficioso para el proveedor, no sólo en términos de acceso a los mercados en los que el cumplimiento de las normas privadas es una condición previa, sino también porque puede facilitar el acceso a una variedad mucho mayor de mercados. Aunque esta línea de argumentación puede ser convincente para algunos proveedores y algunos países, otros posibles proveedores pueden seguir descontentos porque no se han beneficiado en el mismo grado, o porque sus productos han tenido un menor acceso a los mercados o una demanda menor.

4. Características negativas

39. Desde el punto de vista negativo, se plantea toda una gama de cuestiones. Una es si el gobierno debería intervenir de alguna forma cuando una iniciativa del sector privado distorsiona manifiestamente el comercio sin una justificación adecuada. Otra se refiere al carácter abierto e inclusivo del proceso de elaboración y aplicación de las normas. Una tercera preocupación es si quienes aplican las normas privadas voluntarias han hecho todo lo posible para garantizar que las prescripciones se puedan cumplir al menor bajo, por ejemplo armonizándolas con otras normas en la medida en que ello es factible, asegurando un alto grado de competencia en el suministro de servicios de auditoría y certificación, y así sucesivamente.

5. Opiniones de las organizaciones privadas

40. Ninguna organización privada de las consultadas por el autor vio justificación alguna para someter el establecimiento de normas privadas a ninguna disciplina basada en la OMC. Sin embargo, al mismo tiempo ha quedado claro que los intereses privados son sensibles a las críticas contra sus normas privadas voluntarias y están dispuestos a responder a ellas, naturalmente dentro de los límites de su situación competitiva.

6. Otras consideraciones

41. De conformidad con el modelo implícito en el Acuerdo MSF, los gobiernos de los países importadores adoptan medidas para controlar los riesgos para la inocuidad alimentaria asociados a los alimentos importados; y estas medidas deben ser no más rigurosas que lo necesario para reducir el riesgo a un nivel aceptablemente bajo, es decir, deben bastar para lograr el nivel de protección considerado adecuado por el país importador. De ello se desprende que, a igualdad de otras condiciones, si el sector privado introduce medidas nuevas que reducen significativamente los riesgos para la inocuidad alimentaria, el gobierno debería poder modificar sus medidas en consonancia, para que éstas fueran apropiadas en las nuevas circunstancias creadas por la iniciativa privada. Por ejemplo, si los importadores privados introducen para sus propios fines nuevas prescripciones para las pruebas de laboratorio u obligan a hacerlas para garantizar que los productos se ajustan a sus especificaciones de inocuidad, la frecuencia de las pruebas oficiales efectuadas por los organismos públicos de reglamentación o en su nombre podría reducirse sin por ello disminuir el nivel apropiado

de protección nacional. En realidad, podría aducirse que, con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo MSF, los gobiernos están obligados a hacer ese ajuste para evitar aplicar medidas más rigurosas de lo necesario para alcanzar el nivel apropiado de protección. Los Miembros de la OMC deben mantener sus medidas sanitarias y fitosanitarias en examen y actualizarlas en respuesta a los cambios en las circunstancias.

7. Utilización de los códigos de prácticas

42. La Alianza Internacional de Acreditación y Etiquetado Social y Ambiental (Alianza ISEAL) dice que es "una asociación de organizaciones internacionales líderes de desarrollo de normas, certificación y acreditación que centra sus esfuerzos en asuntos sociales y ambientales [y que] apoya normas y sistemas de evaluación de la conformidad fiables elaborando medios de creación de capacidad para reforzar las actividades de los miembros y fomentando una certificación social y ambiental voluntaria y fiable como instrumento legítimo de política en el comercio y el desarrollo mundiales". Su *Código de Buena Conducta para adoptar normas ambientales y sociales* tiene la finalidad de servir como referencia para ayudar a las organizaciones de normalización a mejorar la formulación de normas sociales y ambientales. Uno de sus objetivos es evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional. Ese código se inspira en la Guía 59 de la ISO/CEI *Código de buena conducta para la normalización* y en el *Código de Buena Conducta* del Acuerdo OTC, al que complementa.

43. El Código ISEAL establece que las organizaciones de normalización deben:

- tener procedimientos documentados sobre el proceso de formulación de cada norma, incluida la "participación activa de un grupo equilibrado de partes interesadas";
- disponer de un mecanismo de solución de reclamaciones;
- publicar un programa de trabajo al menos cada seis meses;
- publicar una justificación de la necesidad de la norma y especificar claramente los objetivos que dicha norma se propone alcanzar;
- velar por que las normas sean pertinentes; se basen en conocimientos científicos y técnicos actualizados; comporten criterios, indicadores y puntos de referencia objetivos y verificables; puedan adaptarse a las condiciones económicas, sociales, ambientales y reglamentarias locales; se expresen en forma de una combinación de criterios sobre procesos, gestión y resultados, y no en función del diseño o de características descriptivas; y que no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir sus objetivos legítimos;
- permitir como mínimo dos rondas de presentación de observaciones por las partes interesadas, tener en cuenta dichas observaciones y explicar la respuesta dada;
- adoptar decisiones por consenso, de modo que "ningún grupo de partes interesadas pueda dominar ni ser dominado en el proceso de adopción de decisiones"
 - con un mecanismo alternativo para el caso de que no pueda alcanzarse el consenso;
- publicar las normas sin demora y distribuirlas a un costo mínimo;
- revisar las normas periódicamente;

- promover activamente la armonización de las normas y/o los acuerdos de equivalencia técnica entre normas;
- participar en la medida de sus posibilidades en la elaboración de normas internacionales pertinentes conformes con la concepción y los objetivos de la organización de normalización.

44. Obviamente, el Código está en consonancia con las prioridades del Código de Buena Conducta del Acuerdo OTC (comentado en el párrafo 24 *supra*) y no se pueden oponer objeciones a sus propósitos.¹⁸ La cuestión es si la observancia generalizada de dicho Código modificaría significativamente las circunstancias en las que se hallan los exportadores de los países en desarrollo. Para dar una respuesta convincente a esta pregunta haría falta analizar una muestra de las normas ambientales, laborales y de otro tipo pertinentes, identificar sus características objetables desde el punto de vista de los exportadores y valorar si un proceso mejor estructurado de formulación de las normas podría haber producido un resultado más satisfactorio para todas las partes. Resulta tentador imaginar que la conclusión de dicho estudio sería que un mejor proceso de establecimiento de normas eliminaría algunas o todas las quejas relacionadas con el procedimiento (aviso previo, consulta, etc.), pero que en último término no supondría una gran diferencia en la carga que el cumplimiento supone para los exportadores. Un punto importante de desacuerdo entre quienes elaboran normas y quienes las aplican sería casi seguramente la justificación de la necesidad de una norma y la especificación clara de sus objetivos. Muy probablemente las mismas conclusiones se podrían extraer en relación con la aplicación del Código del Acuerdo OTC a la elaboración de normas privadas voluntarias.

45. Un problema especial es el costo de la evaluación de la conformidad respecto de las normas sobre procesos y métodos de producción (PMP), que para los pequeños exportadores puede ser muy elevado en relación con su volumen de negocios y sus beneficios de exportación.¹⁹ El artículo 8 del Acuerdo OTC establece que los Miembros tomarán las medidas razonables para asegurarse de que las instituciones no gubernamentales cumplan las disposiciones de los artículos 5 y 6 (sobre la evaluación de la conformidad y el reconocimiento de esa evaluación). Si el artículo 8 se aplicara efectivamente, el artículo 5 proporcionaría orientaciones acerca de los procedimientos de evaluación de la conformidad con las normas privadas, y el artículo 6 daría orientaciones sobre el reconocimiento de la evaluación de la conformidad. El artículo 6 alienta a los Miembros a aceptar los procedimientos de evaluación de la conformidad de los demás Miembros siempre que, en opinión de los Miembros (importadores), garanticen la conformidad. Por analogía, esto parece exigir a las instituciones privadas que prescriben la evaluación de la conformidad a los exportadores que acepten la evaluación de la conformidad realizada por una institución designada por el exportador, siempre que el importador esté convencido de "la competencia técnica suficiente y continuada de las instituciones pertinentes de evaluación de la conformidad".²⁰ Es muy probable que la aplicación de dicha disposición influya poco o nada en la situación actual concreta imperante en los países en desarrollo

¹⁸ Sin embargo, en algunos detalles es discutible que las disposiciones del Código de la ISEAL sean correctas. Como ejemplos cabe citar: el hecho de que el párrafo 5 del artículo 5 no establezca la obligación de explicar por qué es necesario desviarse de las normas internacionales pertinentes; la disposición del párrafo 6 del artículo 5 de que los procedimientos que han de guiar la adopción de decisiones en ausencia de consenso garantizarán que ningún grupo de partes interesadas pueda dominar ni ser dominado en el proceso de adopción de decisiones; y la disposición del párrafo 5 del artículo 6 de que las normas se expresarán en forma de combinación de criterios sobre procesos, gestión y resultados, y no en función del diseño o de características descriptivas.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, el estudio efectuado para la USAID por *Development Alternatives, Inc.*, y las dos referencias de Andrew Graffham y otros.

²⁰ Párrafo 1.1 del artículo 6 del Acuerdo OTC.

exportadores, donde puede haber muy pocos especialistas locales fiables de evaluación de la conformidad que cobren tarifas locales en lugar de tarifas de nivel internacional.

I. MEJORA DEL ACUERDO MSF

- ***Extraer conclusiones sobre cualquier proceso posible de mejora del Acuerdo MSF destinado a aumentar la interacción con las instituciones de normalización privadas***

46. En el mandato correspondiente se piden conclusiones sobre "cualquier proceso posible de mejora del Acuerdo MSF destinado a aumentar la interacción con las instituciones de normalización privadas". En este informe se interpreta de manera muy amplia este enunciado y se considera no sólo la posibilidad de enmendar el Acuerdo en sí, sino también si es práctico y útil desarrollar interpretaciones operativas de las disposiciones pertinentes del Acuerdo; por otro lado, se entiende que "aumentar la interacción con las instituciones de normalización privadas" incluye la posibilidad de utilizar el Acuerdo para influir o incluso, en casos extremos, imponer disciplinas sobre el uso de las normas privadas.

47. Para facilitar el análisis de las opciones jurídicas y de procedimiento en los párrafos siguientes, hay que saber con qué fin deberían emplearse estas opciones. Como se ha dicho antes y en el informe jurídico contenido en el anexo 5, el Acuerdo MSF no se redactó pensando en su aplicación a las instituciones del sector privado. Para incorporar plenamente en las disposiciones principales del texto del Acuerdo prescripciones aplicables a las actividades relacionadas con las normas privadas voluntarias sería necesario introducir cambios sustanciales que, según el análisis anterior, no parecen estar justificados. Por consiguiente, la cuestión en torno a la cual se examina la mejora del Acuerdo MSF es la aclaración del artículo 13 y, dentro de dicha disposición, las palabras que volvemos a citar:

*... Los Miembros tomarán las **medidas razonables** que estén a su **alcance** para asegurarse de que las **entidades no gubernamentales** existentes en su territorio ... cumplan las **disposiciones pertinentes** del presente Acuerdo. ... Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias **a los servicios de entidades no gubernamentales** si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.*

Las palabras reproducidas en negritas son los términos y las frases cuyo significado concreto debería aclararse.

2. Enmienda del Acuerdo

48. En el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo MSF se establece que:

El Comité [MSF] examinará el funcionamiento y aplicación del presente Acuerdo a los tres años de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC y posteriormente cuando surja la necesidad. Cuando proceda, el Comité podrá someter al Consejo del Comercio de Mercancías propuestas de modificación del texto del presente Acuerdo teniendo en cuenta, entre otras cosas, la experiencia adquirida con su aplicación.

49. De conformidad con el artículo X del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el Consejo del Comercio de Mercancías (o el Consejo General, o cualquier Miembro) podrá promover una propuesta de enmienda de las disposiciones del Acuerdo a la Conferencia Ministerial. Posteriormente se abren varias vías pero, en términos generales, la Conferencia Ministerial decide por mayoría de dos tercios de los Miembros si somete o no una enmienda a la aceptación de los Miembros. Las enmiendas surten efecto para los Miembros que las hayan aceptado tras su aceptación por dos tercios de los Miembros, y después, para cada uno de los

demás Miembros, tras su aceptación por él. (Las enmiendas que no alteran los derechos y obligaciones de los Miembros surten efecto para todos los Miembros tras su aceptación por dos tercios de éstos.)²¹

50. En los 12 primeros años de vigencia del Acuerdo no se han presentado propuestas de ese tipo; se han hecho llegar al Comité MSF varios proyectos de propuestas sobre el trato especial y diferenciado, pero no se espera que se conviertan en propuestas formales de enmienda del Acuerdo.

51. El Acuerdo MSF fue negociado en el contexto de la Ronda Uruguay, al mismo tiempo en que se elaboraban muchos otros Acuerdos importantes. Las partes contratantes del GATT negociaron según el principio de que "nada quedaba acordado hasta que se acordase todo"; los diversos Acuerdos se consideraban parte de un conjunto en el que cada país tendría ventajas y desventajas para sus intereses. La enmienda de uno cualquiera de los Acuerdos abarcados de la OMC plantea por lo tanto la pregunta de si con ella se perturbaría el equilibrio general entre beneficios e inconvenientes tal como lo ven uno o más Miembros de la OMC, por lo que podrían entrar en juego más de un Acuerdo.

52. Al mismo tiempo, "reabrir" el Acuerdo MSF para permitir la negociación de enmiendas relacionadas con la elaboración y aplicación de normas privadas podría hacer que los Miembros perjudicados por uno u otro motivo por el funcionamiento del Acuerdo desde su entrada en vigor en 1995 plantearan otras cuestiones. Dado que la gran mayoría de los Miembros de la OMC consideran que se trata de un Acuerdo sólido y eficaz, muchos se opondrían probablemente a volver a negociarlo para evitar el debilitamiento de sus disciplinas.

53. Aunque sólo fuera por estas razones parece muy improbable que el artículo 13 del Acuerdo MSF sea enmendado por los Miembros de la OMC, lo cual, sin duda, no sucederá fuera del marco de una ronda completa de negociaciones comerciales. Además, se plantearía el problema de lograr que unos 100 países prestaran su acuerdo²² al texto de cualquier enmienda que se propusiese.

3. Interpretación del Acuerdo

54. El Acuerdo MSF no faculta expresamente al Comité MSF para interpretar el Acuerdo.²³ En sentido formal, sólo están facultados para interpretar jurídicamente uno de los Acuerdos abarcados de la OMC el Órgano de Apelación establecido en el marco del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias y el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, y solamente respecto de los asuntos específicos que plantean ante esos órganos los

²¹ Véase una descripción más completa de las disposiciones sobre las enmiendas en el informe jurídico de los anexos 5 y 6.

²² La OMC tiene actualmente 150 Miembros, de modo que los dos tercios mencionados en el párrafo 49 equivale a 100 países.

²³ En el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo se establece que los Miembros colaborarán en el Comité para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de dicha disposición, con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección. Por iniciativa propia, el Comité ha elaborado directrices sobre la aplicación del artículo 7, relativo a la transparencia, y el artículo 4, relativo a la equivalencia (en este último caso, la Conferencia Ministerial de Doha le confió tardíamente el mandato de "elabor[ar] rápidamente el programa específico para fomentar la aplicación del artículo 4"). También se ha debatido la cuestión de la elaboración por el Comité de directrices sobre la aplicación del artículo 6, relativo a la adaptación de las medidas a las condiciones regionales.

Miembros que recurren contra una decisión de un grupo especial de solución de diferencias.²⁴ Como se indica en el informe jurídico contenido en el anexo 5,

"Existe poca jurisprudencia de la OMC acerca de la interpretación del artículo 13 del Acuerdo MSF y, en concreto, no hay jurisprudencia alguna en relación con las *entidades no gubernamentales* y el artículo 13 del Acuerdo MSF."

Sería posible que uno o más países perjudicados por la cuestión de las normas privadas voluntarias iniciasen un proceso de solución de diferencias contra un país importador y que, después de que un grupo especial adoptase una decisión al respecto, se solicitase al Órgano de Apelación una interpretación autorizada del Acuerdo MSF o del Acuerdo OTC en lo concerniente a su aplicación a las normas privadas voluntarias. Ello es posible, pero es muy poco probable por varias razones. Una razón fundamental es que, hasta la fecha, los Miembros de la OMC que plantean esta cuestión en el Comité MSF normalmente son países en desarrollo, para los cuales las dificultades técnicas y el costo de incoar un caso de solución de diferencias en la OMC son muy grandes en relación con sus recursos.

55. Como alternativa a una interpretación jurídica formal, el artículo IX del Acuerdo de Marrakech dispone que la Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad (exclusiva) de adoptar, por mayoría de tres cuartos de los Miembros, interpretaciones del Acuerdo MSF sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías. Esta disposición no puede emplearse como alternativa a los procedimientos formales de enmienda. Probablemente este procedimiento permitiese adoptar interpretaciones no controvertidas de una disposición, como el artículo 13 del Acuerdo MSF, pero un Miembro que se opusiese firmemente a esa interpretación probablemente alegaría que ésta afecta a los derechos y/u obligaciones y, que, por lo tanto, en lugar de hacer la interpretación debería proponerse una enmienda formal.

56. Las directrices sobre la aplicación de una disposición del Acuerdo MSF no tienen la misma fuerza jurídica que la propia disposición. Sin duda, cuando brindan su respaldo a esas directrices los Miembros de la OMC les atribuyen un ascendente moral y un grupo especial sobre solución de diferencias las tendría indudablemente en cuenta si la cuestión se planteara en el contexto de un litigio, pero los Miembros de la OMC no están obligados a seguirlas.

57. Los últimos años el Comité MSF ha negociado con éxito las directrices sobre la aplicación del artículo 4 del Acuerdo, relativo a la equivalencia (es decir, la posibilidad de que un país exportador aplique medidas diferentes de las especificadas por el país importador, siempre que el exportador pueda demostrar que sus medidas tienen el mismo efecto que las del importador). En este caso, fueron los países en desarrollo los que dieron un fuerte impulso a la elaboración de las directrices, pero también hubo algunos países desarrollados que, por motivos propios, querían que se conviniera en un enfoque práctico para la aplicación del artículo 4. Algunos años de esfuerzos preparatorios por parte de un pequeño grupo de países desarrollados, tanto de manera informal como bajo los auspicios del Comité del Codex sobre Sistemas de Inspección y Certificación de Importaciones y Exportaciones de Alimentos, sirvieron de base para el acuerdo al que finalmente se llegó en el Comité MSF.

²⁴ Los informes del Órgano de Apelación no tienen valor jurídico hasta que los adopta el Órgano de Solución de Diferencias. No pueden ser considerados en forma aislada, sino que han de leerse conjuntamente con los informes de los grupos especiales, que son confirmados, modificados o anulados por ellos. Por consiguiente, desde el punto de vista formal, sólo el Órgano de Solución de Diferencias puede realizar una interpretación jurídica en el contexto de su adopción de determinados informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación.

58. La viabilidad de elaborar orientaciones de este tipo sobre la aplicación del artículo 13 está por determinarse. Los países desarrollados y los países en desarrollo deberían coincidir en que evidentemente se necesita una iniciativa en este sentido. Ante todo, tendría que haber un amplio consenso sobre lo que debería hacerse. Cualquier propuesta de que los Miembros de la OMC se comprometieran moralmente, sobre la base de una interpretación convenida del Acuerdo MSF, a condicionar o limitar la aplicación de las normas sanitarias privadas voluntarias estaría seguramente condenada al fracaso. Parece probable que, en muchos países desarrollados, las empresas que formulan y aplican normas privadas voluntarias (por los beneficios que ello reporta a sus intereses comerciales) no verían en dicha iniciativa ninguna ventaja y sí inconvenientes importantes para sus intereses, por lo que convencerían a sus gobiernos de que se opusieran a ella. Como se dice sucintamente en el informe jurídico del anexo 6:

"Aunque se trata de un enfoque que es teóricamente posible y que quizá haya que alentar, parece que en la práctica será difícil debatir y adoptar una decisión *ad hoc* de este tipo, debido a lo difícil que será poner en marcha los mecanismos de procedimiento necesarios en el sistema de la OMC, a la complejidad de las deliberaciones y las negociaciones, a la previsible falta de acuerdo entre los Miembros de la OMC acerca de la necesidad de dar ese paso y a la probable oposición de poderosos grupos de presión a tal iniciativa."

4. Otras opciones

59. Si no fuese posible que todos los Miembros de la OMC coincidieran en una interpretación del Acuerdo MSF en este ámbito, otra opción teóricamente sería que un grupo de Miembros que tuviesen la misma posición concertaran voluntariamente un acuerdo entre ellos para comportarse de determinada forma en relación con las normas privadas voluntarias. Los precedentes de este enfoque son el Código de Normas del GATT, al que se adhirieron varios signatarios del GATT, y los cuatro Acuerdos plurilaterales negociados en la Ronda Uruguay (de los cuales siguen vigentes el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y el Acuerdo sobre Contratación Pública). Sin embargo, como la práctica es que estos acuerdos se negocien como parte de una ronda de negociaciones, no es probable que se alcance ningún acuerdo plurilateral nuevo en el futuro próximo.

60. El Acuerdo OTC podría ofrecer un procedimiento alternativo más práctico. El Acuerdo MSF sólo abarca las medidas definidas en su Anexo A; todas las demás reglamentaciones técnicas y normas sanitarias y fitosanitarias están comprendidas en el Acuerdo OTC, de conformidad con las definiciones que figuran en su Anexo A. Es dudoso que el Acuerdo MSF haya tenido la finalidad de aplicarse a las normas privadas voluntarias y el intento de hacer que sí se aplique a ellas se toparía con las diferentes dificultades reseñadas anteriormente. Por consiguiente, sería mejor aceptar esta idea y considerar de qué manera las disciplinas en materia de OTC, tal como están establecidas, podrían emplearse para responder a las preocupaciones que han surgido en relación con las normas privadas voluntarias.

J. INSTITUCIONES GUBERNAMENTALES Y NO GUBERNAMENTALES EN EL ACUERDO OTC

- *Analizar la relación entre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales en el marco del Acuerdo OTC, aportando ejemplos jurídicos y prácticos (sobre la base de conversaciones con participantes importantes y estudios del texto)*

61. ¿Qué implicaciones tienen las disposiciones del Acuerdo OTC para las instituciones privadas que formulan y aplican normas privadas voluntarias? Como se ha dicho en forma resumida en los párrafos 23 y 24 *supra*:

- en el artículo 3 se establece que los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las organizaciones no gubernamentales cumplan las disposiciones del artículo 2 del Acuerdo (a excepción de la obligación de notificar);
- en el artículo 8 se estipula que los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las instituciones no gubernamentales que apliquen procedimientos de evaluación de la conformidad cumplan las disposiciones del Acuerdo relativas a la evaluación de la conformidad por parte de las instituciones gubernamentales;
- en el artículo 4 se establece la misma obligación de poner el máximo empeño para que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes cumplan el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas, de forma que
 - apliquen los principios de no discriminación,
 - eviten obstáculos innecesarios al comercio internacional,
 - respeten las normas internacionales existentes,
 - colaboren con las instituciones de normalización internacionales pertinentes,
 - eviten la duplicación del trabajo realizado por otras instituciones de normalización,
 - definan las normas sobre las características de los productos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más que en función de su diseño o de sus características descriptivas,
 - velen por la transparencia y por consultar a las partes interesadas.

62. No obstante, no está claro hasta qué punto el Acuerdo se aplica a las normas privadas voluntarias. Ejemplo de ello son las normas sobre el etiquetado de productos con fines medioambientales ("etiquetado ecológico"). Bajo el epígrafe *Comercio y medio ambiente*, en la Declaración Ministerial de Doha de noviembre de 2001 se encomendó al Comité de Comercio y Medio Ambiente que prestara particular atención a las prescripciones relativas al etiquetado para fines medioambientales. (El CCMA había tratado cuestiones afines en ocasiones anteriores.) Igualmente, durante varios años el Comité OTC ha celebrado una serie de debates acerca de los PMP y en particular sobre etiquetado ecológico. De esas deliberaciones se desprende que muchos países en desarrollo creen que las prescripciones en materia de etiquetado ecológico referentes a cuestiones distintas de las características incorporadas en los productos (por ejemplo, los residuos de plaguicidas) están prohibidas por las normas de la OMC. Al mismo tiempo se dice que la mayoría de los Miembros creen que el Acuerdo OTC es el instrumento reglamentario pertinente y que el equilibrio entre derechos y obligaciones en dicho Acuerdo sigue siendo apropiado para tratar los sistemas de etiquetado ecológico voluntarios y obligatorios.

63. Según el informe jurídico del anexo 5 (véase 1.2.2):

"El Acuerdo OTC, en el párrafo 2 de su Anexo 1, contiene la siguiente definición de 'norma':

'Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y

métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.'

Por consiguiente, el texto del Acuerdo OTC parece indicar que el Acuerdo no es aplicable a los procesos y métodos de producción (en lo sucesivo, PMP) 'no relacionados con los productos'.

En este caso, el Acuerdo OTC, incluso si se aplicase a las instituciones no gubernamentales, no podría imponer restricciones, por ejemplo, a las normas voluntarias sobre los PMP no relacionadas con productos (como algunas normas sociales y ambientales), incluidas las que se basen en normas internacionales existentes. Sin embargo, en ese caso estas normas podrían caer dentro del alcance del GATT, en particular su artículo III, que recoge la obligación del trato nacional e impone el principio de no discriminación entre los productos de fabricación nacional y los productos importados 'similares'."

En el informe jurídico se afirma también que no hay jurisprudencia que ayude a entender en qué medida el Acuerdo OTC es aplicable a las normas voluntarias no relacionadas con productos. Tampoco ayuda realmente la nota de la Secretaría sobre las negociaciones que dieron por resultado el Acuerdo, aunque en ella se deja constancia de un intento fallido en una fase tardía de las negociaciones por eliminar una ambigüedad detectada en el Acuerdo sobre esta cuestión.²⁵

2. "Medidas razonables" para lograr que las ONG cumplan las disposiciones del artículo 2

64. Una *medida razonable*, tal como se usa la expresión en los artículos 3, 4 y 8 del Acuerdo, podría ser del siguiente tenor:

"Standards Australia aplica la política de basar 'en la medida de lo posible' las normas australianas en normas internacionales y emplear el Acuerdo OTC de la OMC como referencia. El Consejo de Acreditación de Normas de Standards Australia impone una obligación similar a las organizaciones de normalización acreditadas. Lo que se espera por lo tanto es que las normas australianas sean normas internacionales adoptadas en dicho país, a menos que existan razones de peso para que no sea así. Así se asegura también que se

²⁵ Documento WT/CTE/W/10-G/TBT/W/11 de la OMC, de 29 de agosto de 1995: "*Nota de la Secretaría sobre la historia de la negociación del alcance del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en lo que respecta a los requisitos de etiquetado, las normas de aplicación voluntaria y los procesos y métodos de producción no relacionados con las características de productos.*" Entre otras cosas, en ella se dice:

"No cabe duda de que el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio acepta las normas basadas en procesos y métodos de producción relacionados con las características de un producto, siempre que se apliquen de conformidad con sus disciplinas sustantivas. De la historia de la negociación se desprende que muchos participantes eran de la opinión de que las normas basadas, entre otras cosas, en procesos y métodos de producción no relacionados con las características de un producto, no podían ser consideradas normas conformes al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

En la etapa final de las negociaciones, algunas delegaciones propusieron que se modificara el texto de las 'definiciones' del Anexo 1 del Acuerdo para dejar claramente sentado que éste sólo abarcaba los procesos y métodos de producción relacionados con las características de productos, pero aunque no consta que ningún participante se opusiera a ese objetivo, en esta etapa avanzada de las negociaciones no fue posible llegar a un consenso sobre esa propuesta."

cumplirán las obligaciones del Gobierno australiano en el marco de la OMC si una organización gubernamental adopta una de esas normas en calidad de reglamento técnico.

Además, Standards Australia se ha comprometido a cumplir el Anexo 3 del Acuerdo OTC de la OMC, el *Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas*, que es aplicable a instituciones de normalización no gubernamentales como Standards Australia ... Standards Australia ha notificado a la OMC que se ha adherido voluntariamente tanto al Acuerdo OTC de la OMC como al Código de Buena Conducta.

De conformidad con las políticas de Standards Australia, el [Memorando de Entendimiento] entre Standards Australia y el Gobierno australiano (párrafo 3 del artículo 3) obliga a Standards Australia a:

"... velar por que sus prácticas se ajusten al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio y al Código de Buena Conducta del Anexo 3 de dicho Acuerdo, a los que Standards Australia ha declarado que se adhiere."²⁶

65. No cabe duda de que muchos otros Miembros de la OMC han tenido iniciativas similares. Lo que no está claro es dónde está la línea divisoria entre las *medidas razonables* y las medidas que se considerarían no razonables, es decir, medidas que no cabría esperar razonablemente que un Miembro adoptara. En la OMC no hay una jurisprudencia pertinente sobre este punto, al menos en relación con el Acuerdo OTC, ni existe consenso en el Comité OTC (que, en honor a la verdad, no ha tratado todavía de alcanzarlo). Una dificultad evidente es que lo que es razonable para un país, por ejemplo porque el Gobierno central está facultado legalmente para imponer obligaciones a las organizaciones privadas de elaboración de normas, puede no serlo para otro país que tenga un ordenamiento jurídico y constitucional distinto. Sea como fuere, las opiniones sobre qué es razonable suelen tener un componente subjetivo.

66. En relación específicamente con el establecimiento y la aplicación de normas privadas voluntarias, por ejemplo como los llevan a cabo las cadenas de supermercados, también pueden identificarse algunas medidas que los gobiernos podrían adoptar:

- divulgar información sobre el Acuerdo OTC y sus disposiciones aplicables al establecimiento de normas privadas;
- formular y dar a conocer una política nacional sobre el cumplimiento de esas disposiciones, ya sea como recomendación o como norma de aplicación obligatoria;
- dialogar con las organizaciones privadas competentes para fomentar una conducta compatible con las disposiciones del Acuerdo OTC;
- suscribir memorandos de entendimiento con las organizaciones privadas;
- otorgar incentivos financieros para promover el cumplimiento por parte de las organizaciones privadas;

y así sucesivamente. Pero ¿llega una *medida razonable* a abarcar incluso la redacción de una nueva ley para imponer la observancia del Acuerdo OTC a las organizaciones privadas, cuando el gobierno

²⁶ Informe de investigación de la Comisión de Productividad del Gobierno de Australia: *Standard Setting and Laboratory Accreditation*, 2 de noviembre de 2006.

de un país Miembro está facultado legalmente para hacerlo? Y ¿qué podrían hacer los distintos Miembros acerca de las organizaciones privadas que son consorcios multinacionales? Resultaría notablemente difícil determinar hasta dónde podrían llegar las medidas razonables que podrían adoptar los gobiernos nacionales.

67. Como se ha dicho antes, los organismos de normalización que aceptan el Código de Buena Conducta deben notificarlo al Centro de Información de la ISO/CEI. En la lista publicada por la ISO/CEI en enero de 2006 figuraban instituciones de normalización de 113 países, así como organizaciones europeas y de Hong Kong, China.²⁷ La mayor parte de las instituciones que aparecen en la lista son instituciones de normalización del Gobierno central y el resto son en su mayoría instituciones de normalización nacionales de base amplia, cuyas actividades no se limitan a un solo sector de actividad. Figuran unas pocas instituciones pertenecientes a sectores específicos de la industria, por ejemplo en Australia, Corea y el Japón, que se ocupan principalmente de normas sobre electricidad, electrónica y telecomunicaciones. En la lista de enero de 2006 (y en el addendum de la Secretaría, que incluye las adiciones realizadas durante 2006) no figuraba ninguna institución de normalización no gubernamental dedicada a las normas sanitarias o fitosanitarias, ni a las normas alimentarias específicamente, aunque se cree que hay varios centenares de instituciones privadas que actúan en este ámbito.

Canberra,
Abril de 2007

²⁷ ISO/CEI 2006.

Anexo 1

Mandato

Título: Propuesta de un proyecto de consultoría para estudiar la posición que las normas privadas ocupan en el marco multilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Finalidad

- Extraer enseñanzas del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) sobre cómo trabajar con los organismos de normalización privados. Aclarar cuál es la posición de los organismos de normalización privados en el marco del Acuerdo MSF (a la luz de las observaciones formuladas por San Vicente y las Granadinas y otros en las reuniones del Comité MSF de junio de 2005 y posteriores). El propósito perseguido no es modificar las disposiciones del Acuerdo MSF, sino informar a la División de Políticas del DDI y a sus asociados.

Objetivos

- Investigar la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en los Acuerdos MSF y OTC de la OMC.
- Determinar cómo las delegaciones en los Comités OTC y MSF recogen en sus posiciones las opiniones de la industria o de las instituciones de normalización privadas.
- Examinar las ventajas e inconvenientes de definir mejor la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en los Acuerdos MSF y OTC (con la posible inclusión de los aspectos de dichas normas no relacionados con la inocuidad de los alimentos, por ejemplo, el tamaño de los productos).
- Hacer sugerencias sobre la posible manera de mejorar la relación entre el Acuerdo MSF y las normas de las instituciones no gubernamentales, por ejemplo adoptando una decisión o directrices sobre el modo de aplicar el artículo 13.

Esta propuesta complementa el compromiso expresado en el documento sobre política agrícola del DDI de:

- centrarse en la creación de mercados eficaces fomentando la participación del sector privado mediante la adopción de normas eficaces de cuantificación y clasificación de productos;
- trabajar en asociación con las organizaciones internacionales de normalización para asegurar que las nuevas normas sobre productos se basen en la evaluación del riesgo y no constituyan intentos de proteger los mercados.

El DDI reconoce que las normas del sector privado tienen tanto ventajas como inconvenientes y ha acordado colaborar con las organizaciones de normalización del sector privado, como lo hacemos con los organismos públicos de reglamentación, para dar a los agricultores en pequeña escala y pobres más oportunidades de cumplir sus normas.

Las reglamentaciones públicas en materia de MSF están supeditadas a determinadas disciplinas en virtud del Acuerdo MSF de la OMC; por ejemplo, deben ser transparentes, basarse en la evaluación del riesgo y notificarse. El Acuerdo OTC dispone de mecanismos para la participación de las organizaciones privadas de normalización; por ejemplo, en muchos países las instituciones privadas de elaboración de normas o de evaluación de la conformidad tienen servicios de información separados, donde los posibles importadores pueden informarse sobre las normas. El Acuerdo OTC tiene asimismo un "Código de Buena Conducta" abierto a todos los organismos de normalización.

Antecedentes

Tradicionalmente la inocuidad de los alimentos era controlada por instituciones gubernamentales. Sin embargo, a partir del decenio de 1990 se han establecido normas privadas sobre inocuidad alimentaria, como las de la Iniciativa Mundial de Inocuidad de los Alimentos y la Asociación Global para una Agricultura Segura y Sostenible (EurepGAP), que siguen evolucionando. Estas normas se introdujeron para:

- responder a la falta de confianza de los consumidores en los reglamentos nacionales a raíz de varios incidentes de gran notoriedad relacionados con la inocuidad alimentaria, como la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) o la salmonela;
- responder a la creciente responsabilidad de los minoristas por la inocuidad de sus productos;
- dar a los minoristas un margen de diferenciación entre empresas y productos sobre la base de la inocuidad y la calidad de los alimentos;
- incluir otras características que pueden ser de interés para los consumidores, por ejemplo en relación con el medio ambiente, que las reglamentaciones no incluyen o no pueden incluir.

Estas normas se basan frecuentemente en reglamentos públicos, pero van más allá de ellos por su mayor rigor o por incluir criterios adicionales, por ejemplo la utilización sostenible del agua o la higiene. Pese a que las normas privadas son voluntarias, el hecho de que los supermercados controlen unas cuotas tan grandes del mercado ha dado lugar a que algunas normas hayan pasado a ser obligatorias *de facto*. Las normas privadas han sido criticadas por los países en desarrollo por ser demasiado rigurosas y confusas. Sin embargo, pueden reportar ciertos beneficios, como ofrecer garantías de calidad y servicios de extensión agrícola mediante programas de apoyo a los agricultores por contrata. Otros beneficios importantes son una mayor seguridad en el trabajo, beneficios ambientales y un menor costo de los productos químicos para la agricultura gracias a una mejor gestión de los insumos.

El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC²⁸ se refiere a las medidas públicas sobre la inocuidad de los alimentos, como las que adoptan los gobiernos nacionales. El Acuerdo trata de asegurar que las medidas sanitarias y fitosanitarias tengan fundamentos científicos sólidos, sean equitativas y transparentes y no creen obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo MSF asegura que todas las medidas sanitarias y fitosanitarias nuevas se notifiquen y da a los demás Miembros de la OMC la posibilidad de formular observaciones y, si es necesario, manifestar sus preocupaciones acerca de dichas medidas.

²⁸ Para más información sobre el Acuerdo MSF, véase http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/intro1_s.htm.

Hasta la fecha no se ha considerado que el Acuerdo MSF abarque los sistemas privados de inocuidad alimentaria. En junio de 2005, San Vicente y las Granadinas, Jamaica, el Perú y la Argentina manifestaron su desacuerdo con ello en la reunión del Comité MSF. Adujeron que el artículo 13²⁹ obligaba a los Miembros a velar por que las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio actuaran de una manera compatible con el Acuerdo MSF. La Comisión Europea (CE) respondió afirmando que EurepGAP era una institución privada y que, por lo tanto, no estaba sujeta al control del gobierno. En otros análisis de la CE se alega que en el Acuerdo OTC se define una institución no gubernamental como una institución legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico. Por lo tanto, según la opinión de la CE la expresión "instituciones no gubernamentales" no se refiere a agentes económicos individuales, como EurepGAP u otras instituciones de normalización privadas. Sin embargo, esta interpretación no es aceptada por todos y en el presente proyecto se examinará este asunto más detenidamente.

El texto del Acuerdo OTC³⁰ define mejor la función de las instituciones no gubernamentales; por ejemplo, el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC está abierto a cualquier institución de normalización en el territorio de un Miembro de la OMC.³¹ Esta mejor definición³² podría deberse a la participación históricamente intensa de la industria privada en el establecimiento de reglamentos técnicos, por ejemplo del Instituto Británico de Normas (BSI) y la ISO. Por lo tanto, sería útil examinar cómo la posición de las instituciones no gubernamentales se refleja en el Acuerdo OTC, cómo éste se aplica en la práctica y cómo el Comité OTC hace frente al cambio rápido de las normas privadas. Las enseñanzas extraídas de este análisis podrían ser aplicables al Acuerdo MSF.

Algunas organizaciones de elaboración de normas voluntarias ya se han inspirado en el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC.³³ La Alianza Internacional de Acreditación y Etiquetado Social y Ambiental (Alianza ISEAL), por ejemplo, tiene un "Código de Buena Conducta para adoptar normas ambientales y sociales", que se formuló a partir del Código de Buena Conducta del Acuerdo OTC y la Guía 59 de la ISO/CEI.³⁴ ¿Deberían otras organizaciones de elaboración de normas privadas, en particular las que se ocupan de cuestiones relacionadas con las MSF, adoptar disposiciones similares y adherirse a códigos de buena conducta? ¿Podría el Comité MSF dar su respaldo a dichos códigos?

A medida que la integración mundial configura los mercados, las normas privadas adquieren progresivamente proyección internacional y los importadores de alimentos las utilizan cada vez más como prueba de que sus importaciones se ajustan a las reglamentaciones públicas. Eso tiene tanto ventajas (por ejemplo, en cuanto a la reglamentación conjunta y una mayor utilización de las buenas

²⁹ Extracto del artículo 13 del Acuerdo MSF: "... Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo ...".

³⁰ Para más información sobre el Acuerdo OTC, véase http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm.

³¹ El Código de Buena Conducta del Acuerdo OTC se refiere en general al establecimiento de normas y puede ser aplicable al establecimiento de normas en el ámbito de la inocuidad alimentaria.

³² Del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio del GATT de 1979 (el llamado "Código de Normas").

³³ Anexo 3 del Acuerdo OTC.

³⁴ Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas.

prácticas agrícolas) como inconvenientes (por ejemplo, el costo creciente de la certificación). Una de las posibles formas de atender las preocupaciones suscitadas al respecto es mejorar la interacción entre los organismos de normalización privados y los Acuerdos de la OMC sin reducir la capacidad de los sistemas privados para dar una respuesta rápida a sus mercados. Ante el crecimiento del número y el alcance de los sistemas privados de inocuidad alimentaria, el DDI y sus asociados creen que merece la pena investigar las opciones disponibles y las respuestas posibles.

Contexto

Esta línea de trabajo forma parte de un proyecto más amplio acerca de la influencia que las reglamentaciones y las normas públicas y privadas sobre productos agrícolas tienen para fomentar o entorpecer el acceso de los países en desarrollo a los mercados internacionales. El DDI quiere poner en marcha un proceso público-privado que haga que las compras de los supermercados tengan una repercusión más positivas en términos de desarrollo sobre los productores más pobres en África. También se prevé ejecutar proyectos de investigación sobre el rastreo de los movimientos de los productos frescos, fomentar el diálogo entre los organismos públicos reguladores y las instituciones de normalización privadas, y colaborar con éstas para ayudarles a tener en cuenta la repercusión en términos de desarrollo de la adopción de normas nuevas y la revisión de las existentes.

Tareas específicas

- Examinar cómo han evolucionado los Acuerdos OTC, MSF y GATT con respecto a la inclusión y definición de la función de las instituciones no gubernamentales.
- Examinar brevemente cómo se enfocan en la OMC otras relaciones pertinentes con instituciones privadas³⁵, así como las posiciones y acuerdos a que han llegado los Miembros sobre esta cuestión.
- Analizar la relación entre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales en el marco del Acuerdo OTC, aportando ejemplos jurídicos y prácticos (sobre la base de conversaciones con participantes importantes y estudios de texto).
- Sobre la base del examen y análisis inicial, redactar un mandato relativo a la contribución de los juristas a este estudio, especificando las esferas concretas en que se necesitarán sus aportaciones y los resultados esperados. Dicho mandato debe atenerse al presupuesto propuesto.
- Analizar brevemente cómo los Miembros de la OMC representan los intereses de las instituciones de normalización privadas en los Comités OTC y MSF de la OMC.
- Examinar cómo las instituciones no gubernamentales emplean el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC y otros sistemas no gubernamentales como el de la Alianza ISEAL, y estudiar la conveniencia de un mecanismo similar para sistemas privados de inocuidad de los alimentos en el marco del Acuerdo MSF.
- Investigar las ventajas e inconvenientes de definir mejor la función de las instituciones no gubernamentales de normalización en el marco del Acuerdo MSF (sobre la base de conversaciones con participantes importantes, incluidas instituciones de normalización privadas).

³⁵ Por ejemplo, en la OMC hay un Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia que examina las cuestiones relativas a las empresas privadas.

- También deberían considerarse algunas de las cuestiones de política planteadas en el reciente informe de la OCDE³⁶ sobre este tema, entre ellas:
 - ¿cuáles son las cuestiones cuya determinación debe confiarse al sector privado y cuáles requieren una supervisión o intervención de los gobiernos?
 - ¿en qué esferas hace falta colaboración para satisfacer las necesidades de la industria y los minoristas de productos alimenticios y las responsabilidades del gobierno ante la sociedad?
- Extraer conclusiones sobre cualquier proceso posible de mejora del Acuerdo MSF³⁷ destinado a aumentar la interacción con las instituciones de normalización privadas.

Resultados esperados

1. Proyecto del mandato del jurista.
2. Proyecto de informe para que el DDI haga sus observaciones.
2. Informe final de un máximo de 25 páginas.

Asociados

Secretarías de los Comités MSF y OTC de la OMC (Gretchen Stanton y Vivien Liu)
Abogados del Departamento del Medio Ambiente, Alimentación y Asuntos Rurales y del Departamento de Comercio e Industria
Comisión Europea
Servicios de información sobre OTC y MSF en el Reino Unido
Instituciones de normalización privadas, como EurepGAP, la Alianza ISEAL y supermercados

Recursos

Acuerdo MSF (http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/15-sps.doc)
Acuerdo OTC (http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.doc)
Documento de la Dirección General de Comercio: "Private Food Standards and their Impacts on Developing Countries" (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/june/tradoc_127969.pdf)
Informe de la OMC sobre el comercio mundial, 2005
(http://www.wto.org/spanish/news_s/pres05_s/pr411_s.htm)
Exposición de la UNCTAD sobre las normas:
(http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/ctf3/TBT%20-%20standards.pdf#search=%22UNCTAD%20WTO%20rules%20and%20transparency%22)
Documento de la OCDE
(http://www.regoverningmarkets.org/en/resources/policy_makers/oecd_final_report_on_private_standards_and_the_shaping_of_the_agro_food_system)

³⁶ Informe de la OCDE sobre las normas privadas y la configuración del sistema agroalimentario; véanse los datos completos en "Recursos".

³⁷ El Comité no puede modificar el texto del Acuerdo. En el marco del próximo examen del Acuerdo MSF (en 2009), teóricamente podría presentar una propuesta de modificación del Acuerdo al Consejo del Comercio de Mercancías (véase el párrafo 7 del artículo 12). De lo contrario, adoptaría una decisión similar a la recogida en los documentos G/SPS/15, sobre coherencia, o G/SPS/19/Rev.2, sobre equivalencia.

Personas de contacto

Programa de Servicios de Asesoramiento y Apoyo (PASS):

Kate Nutt

Gerente del Programa

HTSPE Ltd

Innovation House

39 Mark Road

Hemel Hempstead

HP2 7DN

Reino Unido

Tel.: +44 (0)1442 202400

Correo electrónico: kate.nutt@passlivelihoods.org.uk

DDI :

Tim Leyland

1 Palace Street

Londres

SW1E 5HE

Reino Unido

Tel.: +44 (0)20 7023 0904

Correo electrónico: t-leyland@dfid.gov.uk

Anexo 2

Mandato relativo a los aspectos jurídicos de la consultoría sobre normas e instituciones de normalización no gubernamentales en el contexto de la OMC

Objetivos

Los objetivos fijados para el proyecto son:

- a) investigar la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en los Acuerdos MSF y OTC de la OMC;
- b) determinar cómo las delegaciones en los Comités OTC y MSF recogen en sus posiciones las opiniones de la industria o de las instituciones de normalización privadas;
- c) examinar las ventajas e inconvenientes de definir mejor la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en los Acuerdos MSF y OTC (con la posible inclusión de los aspectos de dichas normas no relacionados con la inocuidad de los alimentos, por ejemplo, el tamaño de los productos);
- d) hacer sugerencias sobre la posible manera de mejorar la relación entre el Acuerdo MSF y las normas de las instituciones no gubernamentales, por ejemplo adoptando una decisión o directrices sobre el modo de aplicar el artículo 13.³⁸

Obsérvese que tres de estos objetivos se refieren a las normas de las instituciones no gubernamentales y no a las instituciones mismas.

Esta propuesta complementa el compromiso expresado en el documento sobre política agrícola del DDI de:

- centrarse en la creación de mercados eficaces fomentando la participación del sector privado mediante la adopción de normas eficaces de cuantificación y clasificación de productos;

³⁸ El artículo 13 del Acuerdo MSF, relativo a la *aplicación*, dice lo siguiente:

En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas. Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del Gobierno central. Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.

- trabajar en asociación con las organizaciones internacionales de normalización para asegurar que las nuevas normas sobre productos se basen en la evaluación del riesgo y no constituyan intentos de proteger los mercados.

El DDI reconoce que las normas del sector privado tienen tanto ventajas como inconvenientes y ha acordado colaborar con las organizaciones de normalización del sector privado, como lo hacemos con los organismos públicos de reglamentación, para dar a los agricultores en pequeña escala y pobres más oportunidades de cumplir sus normas.

Las reglamentaciones públicas en materia de MSF están supeditadas a determinadas disciplinas en virtud del Acuerdo MSF de la OMC; por ejemplo, deben ser transparentes, basarse en la evaluación del riesgo y notificarse. El Acuerdo OTC dispone de mecanismos para la participación de las organizaciones privadas de normalización; por ejemplo, en muchos países las instituciones privadas de elaboración de normas o de evaluación de la conformidad tienen servicios de información separados, donde los posibles importadores pueden informarse sobre las normas. El Acuerdo OTC tiene asimismo un "Código de Buena Conducta" abierto a todos los organismos de normalización.

Antecedentes

Tradicionalmente la inocuidad de los alimentos era controlada por instituciones gubernamentales. Sin embargo, a partir del decenio de 1990 se han establecido normas privadas sobre inocuidad alimentaria, como las de la Iniciativa Mundial de Inocuidad de los Alimentos y la Asociación Global para una Agricultura Segura y Sostenible (EurepGAP), que siguen evolucionando. Estas normas se introdujeron para:

- responder a la falta de confianza de los consumidores en los reglamentos nacionales a raíz de varios incidentes de gran notoriedad relacionados con la inocuidad alimentaria, como la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) o la salmonela;
- responder a la creciente responsabilidad de los minoristas por la inocuidad de sus productos;
- dar a los minoristas un margen de diferenciación entre empresas y productos sobre la base de la inocuidad y la calidad de los alimentos;
- incluir otras características que pueden ser de interés para los consumidores, por ejemplo en relación con el medio ambiente, que las reglamentaciones no incluyen o no pueden incluir.

Estas normas se basan frecuentemente en reglamentos públicos, pero van más allá de ellos por su mayor rigor o por incluir criterios adicionales, por ejemplo la utilización sostenible del agua o la higiene. Pese a que las normas privadas son voluntarias, el hecho de que los supermercados controlen unas cuotas tan grandes del mercado ha dado lugar a que algunas normas hayan pasado a ser obligatorias *de facto*. Las normas privadas han sido criticadas por los países en desarrollo por ser demasiado rigurosas y confusas. Sin embargo, pueden reportar ciertos beneficios, como ofrecer garantías de calidad y servicios de extensión agrícola mediante programas de apoyo a los agricultores por contrata. Otros beneficios importantes son una mayor seguridad en el trabajo, beneficios ambientales y un menor costo de los productos químicos para la agricultura gracias a una mejor gestión de los insumos.

El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC³⁹ se refiere a las medidas públicas sobre la inocuidad de los alimentos, como las que adoptan los gobiernos nacionales. El Acuerdo trata de asegurar que las medidas sanitarias y fitosanitarias tengan fundamentos científicos sólidos, sean equitativas y transparentes y no creen obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo MSF asegura que todas las medidas sanitarias y fitosanitarias nuevas se notifiquen y da a los demás Miembros de la OMC la posibilidad de formular observaciones y, si es necesario, manifestar sus preocupaciones acerca de dichas medidas.

Hasta la fecha no se ha considerado que el Acuerdo MSF abarque los sistemas privados de inocuidad alimentaria. En junio de 2005, San Vicente y las Granadinas, Jamaica, el Perú y la Argentina manifestaron su desacuerdo con ello en la reunión del Comité MSF. Adujeron que el artículo 13⁴⁰ obligaba a los Miembros a velar por que las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio actuaran de una manera compatible con el Acuerdo MSF. La Comisión Europea (CE) respondió afirmando que EurepGAP era una institución privada y que, por lo tanto, no estaba sujeta al control del gobierno. En otros análisis de la CE se alega que en el Acuerdo OTC se define una institución no gubernamental como una institución legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico. Por lo tanto, según la opinión de la CE la expresión "instituciones no gubernamentales" no se refiere a agentes económicos individuales, como EurepGAP u otras instituciones de normalización privadas. Sin embargo, esta interpretación no es aceptada por todos y en el presente proyecto se examinará este asunto más detenidamente.

El texto del Acuerdo OTC⁴¹ define mejor la función de las instituciones no gubernamentales; por ejemplo, el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC está abierto a cualquier institución de normalización en el territorio de un Miembro de la OMC.⁴² Esta mejor definición⁴³ podría deberse a la participación históricamente intensa de la industria privada en el establecimiento de reglamentos técnicos, por ejemplo del Instituto Británico de Normas (BSI) y la ISO. Por lo tanto, sería útil examinar cómo la posición de las instituciones no gubernamentales se refleja en el Acuerdo OTC, cómo éste se aplica en la práctica y cómo el Comité OTC hace frente al cambio rápido de las normas privadas. Las enseñanzas extraídas de este análisis podrían ser aplicables al Acuerdo MSF.

Algunas organizaciones de elaboración de normas voluntarias ya se han inspirado en el "Código de Buena Conducta" del Acuerdo OTC.⁴⁴ La Alianza Internacional de Acreditación y Etiquetado Social y Ambiental (Alianza ISEAL), por ejemplo, tiene un "Código de Buena Conducta para adoptar normas ambientales y sociales", que se formuló a partir del Código de Buena Conducta

³⁹ Para más información sobre el Acuerdo MSF, véase http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/intro1_s.htm.

⁴⁰ Extracto del artículo 13 del Acuerdo MSF: "... Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo ...".

⁴¹ Para más información sobre el Acuerdo OTC, véase http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm.

⁴² El Código de Buena Conducta del Acuerdo OTC se refiere en general al establecimiento de normas y puede ser aplicable al establecimiento de normas en el ámbito de la inocuidad alimentaria.

⁴³ Del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio del GATT de 1979 (el llamado "Código de Normas").

⁴⁴ Anexo 3 del Acuerdo OTC.

del Acuerdo OTC y la Guía 59 de la ISO/CEI.⁴⁵ ¿Deberían otras organizaciones de elaboración de normas privadas, en particular las que se ocupan de cuestiones relacionadas con las MSF, adoptar disposiciones similares y adherirse a códigos de buena conducta? ¿Podría el Comité MSF dar su respaldo a dichos códigos?

A medida que la integración mundial configura los mercados, las normas privadas adquieren progresivamente proyección internacional y los importadores de alimentos las utilizan cada vez más como prueba de que sus importaciones se ajustan a las reglamentaciones públicas. Eso tiene tanto ventajas (por ejemplo, en cuanto a la reglamentación conjunta y una mayor utilización de las buenas prácticas agrícolas) como inconvenientes (por ejemplo, el costo creciente de la certificación). Una de las posibles formas de atender las preocupaciones suscitadas al respecto es mejorar la interacción entre los organismos de normalización privados y los Acuerdos de la OMC sin reducir la capacidad de los sistemas privados para dar una respuesta rápida a sus mercados. Ante el crecimiento del número y el alcance de los sistemas privados de inocuidad alimentaria, el DDI y sus asociados creen que merece la pena investigar las opciones disponibles y las respuestas posibles.

Contexto

Esta línea de trabajo forma parte de un proyecto más amplio acerca de la influencia que las reglamentaciones y las normas públicas y privadas sobre productos agrícolas tienen para fomentar o entorpecer el acceso de los países en desarrollo a los mercados internacionales. El DDI quiere poner en marcha un proceso público-privado que haga que las compras de los supermercados tengan una repercusión más positivas en términos de desarrollo sobre los productores más pobres en África. También se prevé ejecutar proyectos de investigación sobre el rastreo de los movimientos de los productos frescos, fomentar el diálogo entre los organismos públicos reguladores y las instituciones de normalización privadas, y colaborar con éstas para ayudarles a tener en cuenta la repercusión en términos de desarrollo de la adopción de normas nuevas y la revisión de las existentes.

Cuestiones sobre las que se pide una opinión jurídica

La cuestión jurídica fundamental es el significado de los textos pertinentes de los Acuerdos abarcados de la OMC, y en particular los Acuerdos MSF y OTC. Por "pertinentes" se entiende la medida en que se refieren:

- a) directamente a las actividades de organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas;
- b) directamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC con respecto a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas;
- c) indirectamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC con respecto a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.

Por consiguiente, será necesario identificar todos los textos potencialmente pertinentes y explicar su significado tanto desde el punto de vista teórico como (en la medida de lo posible) en la práctica. La interpretación autorizada de los textos de la OMC sólo figura en las resoluciones del Órgano de Apelación de esta Organización, de modo que habrá que encontrar todas las decisiones que sean pertinentes. La OMC mantiene un compendio de esas resoluciones, que será de gran ayuda.

⁴⁵ Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas.

Al examinar los textos existentes, deberá prestarse especial atención a las posibles interpretaciones del artículo 13 del Acuerdo MSF y, en particular, a la frase que dice: "Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio ... cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo." Una consideración importante en este sentido puede ser que las medidas razonables al alcance de cada Miembro pueden diferir de un país Miembro a otro.

En caso de que este análisis no demuestre que puede haber disciplinas eficaces para hacer frente a las consecuencias potencialmente negativas de las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas, será necesario identificar y analizar las opciones disponibles para poner remedio a esta situación en el marco de la OMC. Lo deseable sería que dichas opciones se presentaran de manera gradual, desde las menos sustantivas (en términos jurídicos) hasta la enmienda formal de uno o más de los Acuerdos abarcados.

Resultados que se esperan de los juristas

Los juristas prepararán los siguientes informes con los resultados de la investigación y el análisis hechos sobre las cuestiones anteriores:

- a) *"Examen y análisis jurídico de las disposiciones pertinentes de la OMC, principalmente (pero no de forma exclusiva) las de los Acuerdos MSF y OTC."* En este informe se examinarán y analizarán todas las disposiciones de la OMC relacionadas directa o indirectamente con las cuestiones mencionadas en el párrafo 7. Se efectuarán el examen y el análisis previstos en el párrafo 8 *supra*, que pueden incluir consideraciones generales, aunque complejas, sobre los sistemas constitucionales de los países y su capacidad para "imponer" directrices o criterios de trabajo a las entidades privadas en su jurisdicción.
- b) *"Jurisprudencia pertinente de la OMC y orientaciones interpretativas en forma de decisiones ad hoc o trabajos preparatorios de los Acuerdos MSF y OTC."* En este informe se examinará, agrupará y referenciará, según proceda, toda la información interpretativa pertinente, tanto la resultante del proceso de negociación y redacción de los Acuerdos MSF y OTC como la producida después de su entrada en vigor, en forma de jurisprudencia de la OMC y de decisiones (si las hay) de los Comités MSF y OTC. El examen de la jurisprudencia aplicable de la OMC no se limitará a los asuntos sometidos al procedimiento de solución de diferencias en que se hayan planteado directamente cuestiones sobre MSF u OTC.
- c) *"Opciones jurídicas y posibles propuestas de modificación de las disposiciones del Acuerdo MSF y/o del Acuerdo OTC."* En este informe, que tomará como punto de partida los dos análisis jurídicos anteriores y el estudio dirigido por el consultor principal, se presentarán y tratarán las opciones jurídicas pertinentes, las posibles sugerencias y vías de acción (según proceda) para resolver la cuestión de las normas privadas y la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en el sistema de la OMC y, en particular, en los Acuerdos MSF y OTC.

Plazos para la presentación de los informes

Los juristas deben entregar los borradores de los informes previstos en los apartados a) y b) del epígrafe anterior, "Resultados que se esperan de los juristas", el 26 de enero de 2007 a más tardar, con la condición de que, para el 22 de diciembre de 2006, se haya llegado a un acuerdo con el DDI sobre los términos y condiciones del contrato. Los informes finales, incluido el previsto en el apartado c) del epígrafe anterior, "Resultados que se esperan de los juristas", deben entregarse a

finales de febrero, de acuerdo con un calendario de ejecución que se acordará con el consultor principal después de la presentación de los dos borradores.

En relación con los resultados esperados, se permite un total de 10 días laborables.

Los juristas trabajarán manteniendo estrecho contacto con el consultor principal, que les dará la orientación que se necesite.

Anexo 3

Personas consultadas

Chris Anstey	Gerente de Integridad de los Productos, Legislación y Técnica Comercial, TESCO	Welwyn Garden City, Reino Unido 44 1 707 678 772 chris.anstey@uk.tesco.com
Ignacio Carreño	O'Connor and Company	Bruselas 32 2 2854685 i.carreno@oconnor.be
Sasha Courville	Director Ejecutivo, ISEAL	Londres 44 20 3246 0066 sasha@isealalliance.org
Catherine François	Gerente Principal, Programas de inocuidad alimentaria, CIES	París 33 1 44 69 99 21 c.francois@ciesnet.com
Nigel Garbutt	Presidente, EurepGAP	York, Reino Unido 44 781 010 4168 garbutt@foodplus.org
Ulrich Hoffmann	Jefe, Sección de Comercio y Desarrollo Sostenible, División de Comercio Internacional, UNCTAD	Ginebra 41 22 907 5780 ulrich.hoffmann@unctad.org
Steve Homer	Flamingo Holdings	Stevenage, Reino Unido 44 1438 375107 steve.homer@f-h.biz
Pauline Jones	Gerente de Programas, Técnicos, Organización Internacional de Normalización	Ginebra 41 22 749 0111 jones@iso.org
Tim Leyland	Departamento de Desarrollo Internacional	Reino Unido 44 20 7023 0000 T-Leyland@dfid.gov.uk
Brian Marchant	Comisión Europea	Bruselas brian.marchant@cec.eu.int
Kevin McKinley	Secretario General Adjunto, Organización Internacional de Normalización	Ginebra 41 22 749 0111 mckinley@iso.org
Mark Pickup	Director de Programas de Inocuidad Alimentaria, CIES	París 33 1 44 69 99 21 m.pickup@ciesnet.com
Michael Roberts	Secretaría de la OMC	Ginebra 41 22 7395747 michael.roberts@wto.org
Michael Scannell	Jefe de Unidad, Cuestiones multilaterales sobre inocuidad alimentaria, veterinaria y comercio, Comisión Europea	Bruselas 32 2 299 3364 michael.scannell@wto.org
Nadene Smith	Gerente comercial, Calidad, Woolworths Ltd., Australia	Baulkham Hills, Australia 612 8885 2306 nasmith@woolworths.com.au

Gretchen Stanton	Secretaria, Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, OMC	Ginebra 41 22 7395086 gretchen.stanton@wto.org
Guy Stinglhamber	Director, COLEACP-PIP	Bruselas 32 2 5081090 guy.stinglhamber@coleacp.org
Kevin Swoffer	Consultor de British Retailers Consortium	Larkfield, Reino Unido 44 1732 849230
Roland Vaxelaire	Director de Calidad, Responsabilidad y Gestión de los Riesgos, Carrefour	París 33 1 55 63 40 86 roland_vaxelaire@carrefour.com
Paolo Vergano	O'Connor and Company	Bruselas 32 2 2854685 p.vergano@oconnor.be
Morag Webb	Creación de capacidad, COLEACP-PIP	Bruselas 44 1490 430615
Erik Wijkstrom	Secretario, Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, OMC	Ginebra 41 22 739 5729 Erik.Wijkstrom@wto.org

Anexo 4

Referencias

Gobierno de Australia, *Productivity Commission*, Informe de investigación: *Standard Setting and Laboratory Accreditation*, 2 de noviembre de 2006.

Banco Mundial, Informe N° 31207 (enero de 2005): *Food Safety and Agricultural Health Standards: Challenges and Opportunities for Developing Country Exports*, Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica y Departamento de Agricultura y Desarrollo Rural.

Development Alternatives, Inc. (2005): *The relationship of third-party certification to sanitary/phytosanitary measures and the international agri-food trade*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Samir R. Gandhi: *Regulating the use of voluntary environmental standards within the World Trade Organisation legal regime: making a case for developing countries*, *Journal of World Trade*, vol. 39 N° 5, octubre de 2005.

Andrew Graffham y James MacGregor: *Impact of EurepGap on small-scale growers of fruits and vegetables in Zambia*, International Institute for Environment and Development, septiembre de 2006.

Andrew Graffham, Esther Karehu y James MacGregor: *Impact of EurepGap on small-scale growers of fruits and vegetables in Kenya* (borrador), International Institute for Environment and Development, diciembre de 2006.

Spencer Henson: *The Role of Public and Private Standards in Regulating International Food Markets*, documento elaborado para el simposio de verano del Consorcio de Investigación Comercial Agrícola Internacional (IATRC) sobre "La reglamentación de los alimentos y el comercio: marco institucional, conceptos de análisis y datos empíricos", Bonn, Alemania, 28-30 de mayo de 2006.

Spencer Henson y Tom Reardon: *Private agri-food standards: Implications for food policy and the agri-food system* (*Food Policy* 30, 2005).

ISO/CEI: *Repertorio del Código de Normas OTC de la OMC*, undécima edición, enero de 2006, Ginebra.

Stephen Jaffee y Spencer Henson: *Standards and Agri-Food Exports from Developing Countries: Rebalancing the Debate*, Policy Research Working Paper 3348, Banco Mundial, Washington DC, 2004.

Grace Chia-Hui Lee (2006): *Private food standards and their impacts on developing countries*, Comisión Europea, Dirección General de Comercio, Unidad G2.

OCDE, Comité de Agricultura (2006): *Final report on private standards and the shaping of the agro-food system*, Dirección de Alimentación, Agricultura y Pesca, París.

OMC: *Nota de la Secretaría sobre la historia de la negociación del alcance del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en lo que respecta a los requisitos de etiquetado, las normas de aplicación voluntaria y los procesos y métodos de producción no relacionados con las características de productos* (WT/CTE/W/10-G/TBT/W/11), 29 de agosto de 1995.

OMC, Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias: *Resumen de la reunión celebrada los días 29 y 30 de junio de 2005* (G/SPS/R/37), junio de 2005.

OMC: *Las normas privadas y el Acuerdo MSF* (G/SPS/GEN/746), febrero de 2007.

OMC: *Las normas privadas voluntarias y el acceso a los mercados para los países en desarrollo: resultados preliminares* (comunicación de Linda Fulponi presentada por la OCDE) (G/SPS/GEN/763), febrero de 2007.

OMC: *Normas del sector privado y exportaciones de países en desarrollo de frutas y hortalizas frescas* (comunicación de la UNCTAD) (G/SPS/GEN/761), febrero de 2007.

UNCTAD: *Food Safety and Environmental Requirements in Export Markets - Friend or Foe for Producers of Fruit and Vegetables in Asian Developing Countries?* (de próxima aparición).

www.agrifoodstandards.net

www.regoverningmarkets.org

Anexo 5

**O'CONNOR AND COMPANY
EUROPEAN LAWYERS**

**Las normas privadas en el marco
multilateral de la OMC
Informes 1 y 2**

por

Ignacio Carreño y Paolo R. Vergano

**O'CONNOR AND COMPANY
European Lawyers**

Rue de Spa, 30
B 1000 Bruselas, Bélgica
Teléfono: (32+2) 285 4685
Fax: (32+2) 285 4690

<u>Índice</u>	<u>Página</u>
Informe 1: "Examen y análisis jurídico de las disposiciones pertinentes de la OMC, principalmente (pero no de forma exclusiva) las de los Acuerdos MSF y OTC"	
1. Disposiciones de la OMC	59
1.1 Acuerdo MSF	60
1.1.1 Disposiciones del Acuerdo MSF directamente relacionadas con las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.....	60
1.1.2 Disposiciones del Acuerdo MSF directamente relacionadas con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas - Artículo 13 del Acuerdo MSF	60
1.1.2.1 Definición de "entidades no gubernamentales".....	60
1.1.2.2 Interpretación literal del artículo 13 del Acuerdo MSF	62
1.1.3. Disposiciones del Acuerdo MSF indirectamente relacionadas con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.....	63
1.1.3.1 Definición de "medida sanitaria o fitosanitaria"	63
1.1.3.2 Derechos y obligaciones básicos en el marco del Acuerdo MSF.....	65
1.1.3.3 Armonización.....	66
1.1.3.4 Equivalencia.....	68
1.1.3.5 Evaluación del riesgo	68
1.1.3.6 Condiciones regionales	69
1.1.3.7 Transparencia - notificación de las medidas sanitarias y fitosanitarias	69
1.1.3.8 Procedimientos de control, inspección y aprobación	70
1.1.3.9 Trato especial y diferenciado	70
1.2. Acuerdo OTC	70
1.2.1 Disposiciones del Acuerdo OTC directamente relacionadas con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas	71
1.2.2 Aplicabilidad del Acuerdo OTC a determinadas normas no gubernamentales no relacionadas con los productos	75
1.3 Otros Acuerdos de la OMC.....	75
1.3.1 Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios	75
1.3.2 Anexo sobre Telecomunicaciones	76
1.3.3 Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.....	76
1.3.4 Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición.....	77
1.4 Conclusiones	78
Informe 2: "Jurisprudencia pertinente de la OMC y orientaciones interpretativas en forma de decisiones <i>ad hoc</i> o trabajos preparatorios de los Acuerdos MSF y OTC"	
1. Consideración de la jurisprudencia de la OMC	80
1.1 Jurisprudencia relativa al artículo 13 del Acuerdo MSF.....	80

1.2 Otra jurisprudencia	81
1.2.1 Jurisprudencia sobre las disposiciones del Acuerdo SMC acerca de "ordenar" y "encomendar"	83
1.3 Aplicación de la jurisprudencia a las MSF	84
2. Información interpretativa.....	86
2.1 Información interpretativa en el contexto de la negociación y redacción de los Acuerdos MSF y OTC	86
2.1.1 Trabajos preparatorios del Acuerdo OTC	86
2.1.1.1 Definiciones	86
2.1.1.2 Disciplinas sobre la elaboración, la adopción y la aplicación de normas	88
2.1.2 Trabajos preparatorios del Acuerdo MSF.....	91
2.2 Información interpretativa procedente de los Comités de la OMC.....	91
2.2.1 Comité MSF.....	91
2.2.2 Comité OTC.....	92
2.2.3 Otros comités	93
2.3 Interpretaciones expuestas en la literatura	94
2.3.1 Interpretación del artículo 13 del Acuerdo MSF.....	94
2.3.2 Aplicabilidad de los Acuerdos de la OMC a las normas privadas	95
2.3.3 Definición de "medida"	96
2.3.4 Aplicación del Acuerdo OTC	97
2.4 Conclusiones	97

Informe 1

"Examen y análisis jurídico de las disposiciones pertinentes de la OMC, principalmente (pero no de forma exclusiva) las de los Acuerdos MSF y OTC"

Como se establece en el mandato, en el presente informe se examinan y analizan las disposiciones de la OMC relativas directa o indirectamente a las siguientes cuestiones:

La cuestión jurídica fundamental es el significado de los textos pertinentes de los Acuerdos abarcados de la OMC y en particular los Acuerdos MSF y OTC. Por "pertinentes" se entiende la medida en que se refieren:

- a) directamente a las actividades de organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas;
- b) directamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC con respecto a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas;
- c) indirectamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC con respecto a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.

Por consiguiente, será necesario identificar todos los textos potencialmente pertinentes y explicar su significado tanto desde el punto de vista teórico como (en la medida de lo posible) en la práctica.

Al examinar los textos existentes, deberá prestarse especial atención a las posibles interpretaciones del artículo 13 del Acuerdo MSF y, en particular, a la frase que dice: *"Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio ... cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo."* Una consideración importante en este sentido puede ser que las medidas razonables al alcance de cada Miembro pueden diferir de un país Miembro a otro.

1. Disposiciones de la OMC

Hemos examinado en primer lugar las disposiciones del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante, Acuerdo MSF) y del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante, Acuerdo OTC) y por último las de las demás Acuerdos de la OMC.

Los Acuerdos OTC y MSF sustituyeron al Código de Normas de 1979, formulado durante la Ronda de Tokio, que abarcaba las especificaciones técnicas obligatorias y voluntarias, los reglamentos técnicos obligatorios y las normas voluntarias para productos industriales y agrícolas. El Acuerdo OTC se introdujo con el objetivo de asegurar que los "reglamentos técnicos" obligatorios y las "normas" voluntarias (así como los procedimientos de prueba y certificación) empleados por los países no crearan obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo MSF se estableció como un marco multilateral de normas y disciplinas que sirvieran de guía en la elaboración, adopción y observancia de las medidas sanitarias y fitosanitarias para reducir al mínimo sus efectos negativos en el comercio, utilizando medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de

normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.

1.1 Acuerdo MSF

Las disposiciones del Acuerdo MSF se han examinado con el fin de comprobar si son pertinentes para las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.

1.1.1 Disposiciones del Acuerdo MSF directamente relacionadas con las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas

El Acuerdo MSF no contiene disposiciones dirigidas a las organizaciones no gubernamentales de elaboración y de aplicación de normas. En general, las disposiciones van dirigidas a los Miembros de la OMC.

1.1.2 Disposiciones del Acuerdo MSF directamente relacionadas con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas - Artículo 13 del Acuerdo MSF

El artículo 13 del Acuerdo MSF se refiere, entre otras cosas, a la relación entre los gobiernos nacionales y las instituciones no gubernamentales en lo referente a las medidas sanitarias y fitosanitarias y posiblemente las obligaciones de los Miembros de la OMC respecto de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.

El artículo 13 del Acuerdo MSF dispone lo siguiente:

"En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas. Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del Gobierno central. Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo."

1.1.2.1 Definición de "entidades no gubernamentales"

En la tercera frase del artículo 13 del Acuerdo MSF se establece que "[l]os Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio ... cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo".

La expresión "entidades no gubernamentales" no se define en el Acuerdo MSF.

El Acuerdo sobre la OMC es un acuerdo único y las partes que lo componen -los acuerdos adjuntos a él en sus anexos- deben interpretarse como un todo integrado. Las disposiciones de los Acuerdos de la OMC se aplican acumulativamente y han de interpretarse de una manera coherente.⁴⁶ Por consiguiente, las disposiciones de los demás Acuerdos de la OMC pueden emplearse a efectos de interpretación.

En el punto 8 del Anexo 1 ("Términos y su definición a los efectos del presente Acuerdo") del Acuerdo OTC "institución no gubernamental" se define como sigue:

"Institución que no sea del Gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico."

Se ha dicho que, a los fines del Acuerdo MSF, es posible emplear la definición de institución no gubernamental del Acuerdo OTC:

"El concepto de 'entidades no gubernamentales' no está suficientemente definido en el Acuerdo MSF. El Acuerdo OTC, que también es aplicable a los productos agrícolas, contiene una definición más precisa de 'entidades no gubernamentales'. En el párrafo 1 de su artículo 4, en un espíritu similar al del artículo 13 del Acuerdo MSF, se habla de 'instituciones no gubernamentales con actividades de normalización'. En este caso, 'entidad no gubernamental' significa claramente 'organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas'.

En el mismo sentido, en el punto 8 del Anexo 1 del Acuerdo OTC hay una definición de 'institución no gubernamental' que dice lo siguiente: 'Institución que no sea del Gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico'. Aunque se trata de una definición bastante vaga y abierta, puede aducirse que, a la luz del contexto y el objeto de los Acuerdos MSF y OTC, las 'entidades no gubernamentales' NO son agentes económicos individuales (o asociaciones de agentes), sino más bien entidades privadas a las que los gobiernos han confiado la realización de determinadas tareas o que por otros motivos tienen una condición jurídica especial en relación con la elaboración y aplicación de normas sobre MSF/OTC [...]."⁴⁷

Por consiguiente, de acuerdo con una interpretación restrictiva de la definición del Acuerdo OTC, se afirma que sólo las entidades privadas a las que el gobierno ha confiado la realización de

⁴⁶ En el asunto *Corea - Productos lácteos*, el Órgano de Apelación afirmó: "Actualmente está firmemente arraigado el concepto de que el Acuerdo sobre la OMC constituye un 'todo único' y que, por tanto, todas las obligaciones dimanantes de la OMC son en general acumulativas, y los Miembros deben cumplirlas simultáneamente. [...] El párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC establece lo siguiente: 'Los Acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante 'Acuerdos Comerciales Multilaterales') forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros'...". (Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos* ("Productos lácteos"), WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, párrafo 74.)

⁴⁷ Grace Chia-Hui Lee, Comisión Europea, Dirección General de Comercio, Unidad G2, *Private Food Standards and their Impacts on Developing Countries*, parte VIII. Legality of Private Food Schemes in the WTO, páginas 34 y 35.

determinadas tareas o que por otros motivos tienen una condición jurídica especial caen dentro de la definición de entidad no gubernamental en el marco del Acuerdo MSF.

No obstante, también se puede alegar que no es necesario que el gobierno haya encomendado la realización de determinadas tareas a las "instituciones no gubernamentales" para que éstas queden abarcadas por la definición de entidad no gubernamental que figura en el Acuerdo OTC. En lo referente al Acuerdo MSF y el texto de su artículo 13 ("*existentes en su territorio*"), puede afirmarse que, con arreglo al Acuerdo MSF, el significado de "entidad no gubernamental" es más amplio e incluye también otras instituciones privadas a las que el gobierno no ha confiado determinadas tareas pero que operan o se han establecido en el territorio de un Miembro.

Los demás Acuerdos de la OMC no contienen ninguna definición de "entidad no gubernamental".

En conclusión, es posible sostener que las instituciones privadas de elaboración de normas son entidades no gubernamentales en el sentido del artículo 13 del Acuerdo MSF. No obstante, las instituciones privadas de elaboración de normas y las entidades no gubernamentales no son necesariamente lo mismo. En este estudio se trata de desarrollar ideas sobre una definición de "entidades no gubernamentales" con arreglo al artículo 13 del Acuerdo MSF y sobre su posible distinción de las "instituciones privadas".

1.1.2.2 Interpretación literal del artículo 13 del Acuerdo MSF

Aunque las organizaciones no gubernamentales no estén directamente contempladas en las disposiciones del Acuerdo MSF, los Miembros de la OMC tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento del Acuerdo, incluso hasta el extremo de adoptar medidas y mecanismos positivos para lograr su observancia.

En la primera frase del artículo 13 del Acuerdo MSF se impone una obligación absoluta para los Miembros de la OMC:

"En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas."

En la segunda frase, se establece la obligación de actuar de forma proactiva tomando medidas positivas en relación con las instituciones no gubernamentales:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del Gobierno central".

Esta disposición se refiere a las "*instituciones que no sean del Gobierno central*". La cuestión que hay que dilucidar es si las "*instituciones que no sean del Gobierno central*" incluyen a las instituciones no gubernamentales. El artículo 13 del Acuerdo MSF trata tres tipos de organizaciones:

- instituciones regionales;
- entidades no gubernamentales;
- instituciones públicas locales.

Puede afirmarse que las "*instituciones que no sean del Gobierno central*" incluyen los tres tipos de instituciones, incluidas las no gubernamentales.

En la tercera frase del artículo 13 del Acuerdo MSF se establece una obligación ligeramente menor pero de todos modos positiva con respecto a las instituciones no gubernamentales:

"Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo."

En la cuarta frase se establece la obligación de que los Miembros de la OMC no alienten a las organizaciones no gubernamentales a vulnerar el Acuerdo MSF:

"Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo."

Por último, la quinta frase establece otra obligación positiva para los Miembros de la OMC:

"Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo."

La conclusión de este análisis textual del artículo 13 del Acuerdo MSF es que los Miembros de la OMC parecen tener obligaciones positivas consistentes en asegurar que los agentes no gubernamentales no actúen de manera incompatible con el Acuerdo MSF.

1.1.3 Disposiciones del Acuerdo MSF indirectamente relacionadas con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas

Varias disposiciones del Acuerdo MSF pueden estar relacionadas indirectamente con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.

Como se ha dicho antes, aunque las entidades no gubernamentales no estén directamente contempladas en las disposiciones del Acuerdo MSF, *a la luz del artículo 13*, los Miembros de la OMC son responsables de asegurar que las actividades de las entidades no gubernamentales se atengan a lo dispuesto en el Acuerdo. Por lo tanto, esta obligación quizá abarque a las organizaciones de elaboración de normas y de aplicación de normas, siempre que caigan dentro de la definición de "entidades no gubernamentales" en el marco del Acuerdo MSF.

1.1.3.1 Definición de "medida sanitaria o fitosanitaria"

En el Acuerdo MSF se estipula que no debe impedirse a ningún Miembro de la OMC adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales. Al mismo tiempo, esas medidas no deben aplicarse de una manera que constituya una discriminación comercial arbitraria o injustificable. En el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF el ámbito de dicho Acuerdo se define como sigue:

"El presente Acuerdo es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional. Tales medidas

se elaborarán y aplicarán de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo."

En el párrafo 1 del anexo A se define "medida sanitaria o fitosanitaria" como:

*"Toda medida **aplicada**:*

a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;

b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;

c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas;
o

d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos. [sin negritas en el original]

Una parte pertinente de la definición (a efectos del presente informe) es que *"las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes"*.

Desde el punto de vista textual, las "leyes", los "decretos" y los "reglamentos" son por naturaleza "gubernamentales". Al parecer, las "prescripciones" y los "procedimientos" también pueden ser "no gubernamentales". Sin embargo, en los "Principios para la inspección y certificación de importaciones y exportaciones de alimentos" del Codex Alimentarius⁴⁸, las prescripciones, que acá se denominan "requisitos", se definen como gubernamentales (*"establecidos por las autoridades competentes"*):

"Se entiende por requisitos los criterios establecidos por las autoridades competentes en relación con el comercio de productos alimenticios y que comprenden la

⁴⁸ Documento CAC/GL 20-1995.

protección de la salud pública, la protección de los consumidores y las condiciones para unas prácticas comerciales leales."

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante, AGCS) determina cuándo una medida que afecta al comercio de servicios se considera una medida adoptada por un Miembro de la OMC. Según el párrafo 3 del artículo I, a los efectos del AGCS:

"[...] se entenderá por 'medidas adoptadas por los Miembros' las medidas adoptadas por:

- i) gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y*
- ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.*

En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio." [sin negritas en el original]

Por consiguiente, las medidas adoptadas por instituciones no gubernamentales solamente entran en el ámbito de aplicación del AGCS si se adoptan *"en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales"*.

En conclusión, sobre la base del análisis textual del Acuerdo MSF y el AGCS puede afirmarse tanto que una medida sanitaria o fitosanitaria necesita una intervención del gobierno como que no la necesita (véanse más referencias a la jurisprudencia y a documentos interpretativos en el informe 2 del presente estudio).

La segunda cuestión de importancia acerca de la definición de *"medida"* es que se refiere a *"toda medida aplicada"*. Podría alegarse que normalmente las instituciones no gubernamentales de elaboración de normas *no aplican* medidas y que, al menos en ese sentido, no están abarcadas por las disposiciones del Acuerdo MSF relativas a la *aplicación* de medidas. En apoyo de esta tesis podría argumentarse que las organizaciones internacionales de elaboración de normas, tal como se definen en el Acuerdo MSF, no están sometidas a ninguna disciplina en virtud de dicho Acuerdo y que la posición de las instituciones no gubernamentales de elaboración de normas debería ser congruente con este hecho. Por lo tanto, el presente análisis jurídico se centrará principalmente en las entidades no gubernamentales que se ocupan de la *aplicación* de normas privadas (*por oposición a la adopción de medidas*), sobre la base de que lo que está sujeto a disciplinas con arreglo al Acuerdo MSF es la aplicación de normas.

De acuerdo con esta línea de argumentación, en las siguientes secciones 1.1.3.2 a 1.1.3.9 se indica, para cada una de las disposiciones del Acuerdo MSF, a qué estarían obligados los Miembros de la OMC partiendo del supuesto de que la disposición se refiere a instituciones no gubernamentales que *aplican* MSF. Este proceso de interpretación sistemática conduce en general a la conclusión de que daría lugar a una serie de requisitos absurdos y desproporcionados para las instituciones no gubernamentales (en caso de que entre ellas se incluyera a los agentes privados).

1.1.3.2 Derechos y obligaciones básicos en el marco del Acuerdo MSF

En el artículo 2 del Acuerdo MSF se establecen los *"Derechos y obligaciones básicos"*. En pocas palabras, los Miembros de la OMC tienen derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias siempre que estén basadas en principios científicos y no sean arbitrarias. Las medidas no deben

discriminar entre los Miembros de la OMC ni constituir una restricción encubierta del comercio internacional:

"1. Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.

*2. Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se **aplique** en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.*

*3. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se **aplicarán** de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional." [sin negritas en el original]*

A la luz del artículo 13 del Acuerdo MSF, estas disposiciones pueden estar relacionadas indirectamente con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las "medidas" de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas.

A continuación indicamos cuál será la obligación implícita para los Miembros de la OMC en relación con cada una de las obligaciones impuestas por el Acuerdo MSF si las instituciones no gubernamentales que aplican medidas estuvieran abarcadas por el artículo 13 del Acuerdo MSF. Así, por ejemplo, la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 tal como podría aplicarse a las medidas sanitarias o fitosanitarias de las instituciones no gubernamentales sería del siguiente tenor:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio cualquier medida sanitaria o fitosanitaria aplicada por entidades no gubernamentales sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, esté basada en principios científicos y no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5."

De igual manera, la interpretación ampliada implícita del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF sería la siguiente:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio cualquier medida sanitaria o fitosanitaria aplicada por entidades no gubernamentales no discrimine de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional."

1.1.3.3 Armonización

El artículo 3 del Acuerdo MSF establece el principio de la armonización, lo que significa que las medidas han de estar basadas en normas internacionales (cuando existan), aunque los Miembros de la OMC tienen libertad para formular medidas más rigurosas si hay una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria:

"1. Para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo y en particular en el párrafo 3.

[...]

3. Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del presente Acuerdo."

A la luz del artículo 13 del Acuerdo MSF, esta disposición podría estar relacionada indirectamente con las obligaciones de los Miembros de la OMC acerca del cumplimiento de las medidas aplicadas por las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas. La interpretación ampliada implícita del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, a la luz de su artículo 13, sería la siguiente:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio las medidas sanitarias y fitosanitarias aplicadas por entidades no gubernamentales y que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes tengan una justificación científica."

No obstante, no está claro cómo el artículo 3 del Acuerdo MSF puede guardar alguna relación con las normas privadas o su aplicación, a menos que -lo que es improbable- dichas normas hayan sido reconocidas mediante el procedimiento establecido en el apartado d) de la definición reproducida a continuación. El Acuerdo MSF define la expresión "normas, directrices y recomendaciones internacionales" como sigue:

a) *"en materia de inocuidad de los alimentos, las normas, directrices y recomendaciones establecidas por la Comisión del Codex Alimentarius sobre aditivos alimentarios, residuos de medicamentos veterinarios y plaguicidas, contaminantes, métodos de análisis y muestreo, y códigos y directrices sobre prácticas en materia de higiene;*

- b) *en materia de sanidad animal y zoonosis, las normas, directrices y recomendaciones elaboradas bajo los auspicios de la Oficina Internacional de Epizootias;*
- c) *en materia de preservación de los vegetales, las normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas bajo los auspicios de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria en colaboración con las organizaciones regionales que operan en el marco de dicha Convención Internacional; y*
- d) *en lo que se refiere a cuestiones no abarcadas por las organizaciones mencionadas supra, las normas, recomendaciones y directrices apropiadas promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes, en las que puedan participar todos los Miembros, identificadas por el Comité".*

1.1.3.4 Equivalencia

El artículo 4 del Acuerdo MSF se refiere a la equivalencia:

"1. Los Miembros aceptarán como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Miembros, aun cuando difieran de las suyas propias o de las utilizadas por otros Miembros que comercien con el mismo producto, si el Miembro exportador demuestra objetivamente al Miembro importador que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador. A tales efectos, se facilitará al Miembro importador que lo solicite un acceso razonable para inspecciones, pruebas y demás procedimientos pertinentes.

2. Los Miembros entablarán, cuando reciban una solicitud a tales efectos, consultas encaminadas a la conclusión de acuerdos bilaterales y multilaterales de reconocimiento de la equivalencia de medidas sanitarias o fitosanitarias concretas."

La interpretación ampliada implícita del artículo 4 del Acuerdo MSF, a la luz de su artículo 13, sería del siguiente tenor:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio, al aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias, las entidades no gubernamentales acepten como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Miembros, aun cuando difieran de las suyas propias o de las utilizadas por otros Miembros que comercien con el mismo producto, si el Miembro exportador demuestra objetivamente que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador."

1.1.3.5 Evaluación del riesgo

De conformidad con el artículo 5 del Acuerdo MSF, las medidas se basarán en una evaluación del riesgo:

"1. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes."

La obligación establecida en virtud del artículo 5 del Acuerdo MSF podría aplicarse a las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas a la luz del artículo 13 de dicho Acuerdo. En caso de que los Miembros de la OMC tuvieran obligaciones en relación con la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias por parte de entidades no gubernamentales, el significado implícito de esta disposición sería el siguiente:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio las medidas sanitarias y fitosanitarias aplicadas por entidades no gubernamentales se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes."

1.1.3.6 Condiciones regionales

El párrafo 1 del artículo 6 del Acuerdo MSF se refiere a la adaptación a las condiciones regionales, con inclusión de las zonas libres de plagas o enfermedades y las zonas de escasa prevalencia de plagas o enfermedades:

"Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se adapten a las características sanitarias o fitosanitarias de las zonas de origen y de destino del producto, ya se trate de todo un país, de parte de un país o de la totalidad o partes de varios países. Al evaluar las características sanitarias o fitosanitarias de una región, los Miembros tendrán en cuenta, entre otras cosas, el nivel de prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de programas de erradicación o de control, y los criterios o directrices adecuados que puedan elaborar las organizaciones internacionales competentes."

La interpretación ampliada implícita del párrafo 1 del artículo 6 del Acuerdo MSF, a la luz de su artículo 13, sería del siguiente tenor:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio las medidas sanitarias y fitosanitarias aplicadas por entidades no gubernamentales se adapten a las características sanitarias o fitosanitarias de las zonas de origen y de destino del producto, ya se trate de todo un país, de parte de un país o de la totalidad o partes de varios países."

1.1.3.7 Transparencia - notificación de las medidas sanitarias y fitosanitarias

Al parecer, las obligaciones en materia de transparencia (artículo 7 y Anexo B del Acuerdo MSF) sólo se aplican a las "medidas sanitarias y fitosanitarias tales como leyes, decretos u órdenes que sean de aplicación general" (véanse el párrafo 1 y la nota 5 del Anexo B del Acuerdo MSF):

*"Los Miembros se asegurarán de que todas las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias (nota 5: Medidas sanitarias y fitosanitarias tales como leyes, decretos u órdenes **que sean de aplicación general**) que hayan sido adoptadas se publiquen prontamente de manera que los Miembros interesados puedan conocer su contenido."*
[sin negritas en el original]

Por lo tanto, no parecen aplicables a las normas voluntarias establecidas por entidades no gubernamentales. Por otra parte, dado que la nota de pie de página se refiere explícitamente a las

medidas *que sean de aplicación general*, esta disposición también parece indicar que hay *otras* medidas sanitarias y fitosanitarias además de las *que sean de aplicación general*. Podría tratarse de una referencia a normas adoptadas por entidades gubernamentales y no gubernamentales.

1.1.3.8 Procedimientos de control, inspección y aprobación

Los procedimientos de control, inspección y aprobación se abordan en el artículo 8 del Acuerdo MSF:

"Los Miembros observarán las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación, con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se asegurarán en lo demás de que sus procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo."

La interpretación ampliada implícita del artículo 8 del Acuerdo MSF, a la luz de su artículo 13, sería del siguiente tenor:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio las entidades no gubernamentales observen las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación, con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se aseguren en lo demás de que sus procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo."

1.1.3.9 Trato especial y diferenciado

El párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo MSF se refiere al trato especial y diferenciado:

"Al elaborar y aplicar las medidas sanitarias o fitosanitarias, los Miembros tendrán en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros, y en particular las de los países menos adelantados Miembros."

La interpretación ampliada implícita del artículo 10 del Acuerdo MSF, a la luz de su artículo 13, sería del siguiente tenor:

"Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos y tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que en su territorio las medidas sanitarias y fitosanitarias elaboradas y aplicadas por entidades no gubernamentales tengan en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros, y en particular las de los países menos adelantados Miembros."

1.2 Acuerdo OTC

La finalidad principal del Acuerdo OTC es someter a disciplinas la aplicación de reglamentos técnicos por los Miembros de la OMC, con objeto de que no constituyan obstáculos arbitrarios o injustificados al comercio. El Acuerdo OTC trata de la elaboración de normas para fomentar el comercio internacional como una finalidad subordinada a este objetivo central.

1.2.1 Disposiciones del Acuerdo OTC directamente relacionadas con las obligaciones de los Miembros de la OMC referentes a las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y de aplicación de normas

El artículo 2 es la norma fundamental del Acuerdo OTC e incluye, entre otras, las siguientes disposiciones. En el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se recogen las obligaciones sobre el principio de la nación más favorecida y el trato nacional y se estipula que *"con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país"*. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC *"se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo [los ejemplos se enumeran en el párrafo 2 del artículo 2], teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo"*.

El Acuerdo OTC alienta a los Miembros de la OMC a utilizar las normas internacionales existentes para sus reglamentos nacionales, o para parte de ellos, salvo en el caso de que su utilización *"sea [...] un medio ineficaz o inapropiado"* para el logro de determinados objetivos de política, por ejemplo *"a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales"* (párrafo 4 del artículo 2). El Acuerdo OTC anima a los Miembros de la OMC a *"participar [...], dentro de los límites de sus recursos, en la elaboración [de normas] por las instituciones internacionales competentes con actividades de normalización"* (párrafo 6 del artículo 2). De conformidad con el párrafo 7 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC considerarán favorablemente la posibilidad de aceptar como equivalentes reglamentos técnicos de otros Miembros aun cuando difieran de los suyos, siempre que tengan la convicción de que esos reglamentos cumplen adecuadamente los objetivos de sus propios reglamentos.

El artículo 2 del Acuerdo OTC se aplica por conducto de las disposiciones del artículo 3 a la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones públicas locales y por instituciones no gubernamentales:

"En lo que se refiere a sus instituciones públicas locales y a las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio:

3.1 Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que dichas instituciones cumplan las disposiciones del artículo 2, a excepción de la obligación de notificar estipulada en los apartados 9.2 y 10.1 del artículo 2.

3.4 Los Miembros no adoptarán medidas que obliguen o alienten a las instituciones públicas locales o a las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio a actuar de manera incompatible con las disposiciones del artículo 2.

3.5 En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las disposiciones del artículo 2. Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del artículo 2 por las instituciones que no sean del Gobierno central."

El párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo OTC trata de la "Elaboración, adopción y aplicación de normas" por las instituciones del Gobierno central con actividades de normalización, las instituciones públicas locales y las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización, así como las instituciones regionales con actividades de normalización:

"Los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su Gobierno central con actividades de normalización acepten y cumplan el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas (denominado en el presente Acuerdo 'Código de Buena Conducta') que figura en el Anexo 3 del presente Acuerdo. También tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones públicas locales y las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio, así como las instituciones regionales con actividades de normalización de las que sean miembros ellos mismos o una o varias instituciones de su territorio, acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta. Las obligaciones de los Miembros con respecto al cumplimiento de las disposiciones del Código de Buena Conducta por las instituciones con actividades de normalización se aplicarán con independencia de que una institución con actividades de normalización haya aceptado o no el Código de Buena Conducta."

En esencia, los Miembros de la OMC tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones de normalización no gubernamentales existentes en su territorio acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros de la OMC no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta.

El Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas se establece en el Anexo 3 del Acuerdo OTC. En términos generales, el Código dispone que las normas no serán discriminatorias entre los productos originarios de diferentes países y no crearán obstáculos innecesarios al comercio; que las normas nacionales o de otro tipo se basarán, cuando sea oportuno, en las normas internacionales pertinentes; que las instituciones de normalización evitarán la duplicación del trabajo de otras instituciones con actividades de normalización; que las normas se basarán en las propiedades de uso y empleo de los productos más que en su diseño o sus características descriptivas; y que las normas se elaborarán de manera transparente y las instituciones de normalización darán a los interesados la posibilidad de formular observaciones y las tendrán en cuenta durante el proceso de elaboración.

De conformidad con el párrafo B de las Disposiciones generales, el Código también está abierto a la aceptación por parte de las instituciones no gubernamentales:

"El presente Código está abierto a la aceptación por todas las instituciones con actividades de normalización del territorio de los Miembros de la OMC, tanto si se trata de instituciones del Gobierno central como de instituciones públicas locales o instituciones no gubernamentales; por todas las instituciones regionales gubernamentales con actividades de normalización, de las que uno o más miembros sean Miembros de la OMC; y por todas las instituciones regionales no gubernamentales con actividades de normalización, de las que uno o más miembros estén situados en el territorio de un Miembro de la OMC (denominadas en el presente Código colectivamente 'instituciones con actividades de normalización' e individualmente 'la institución con actividades de normalización')."

Como se ha mencionado antes, en el párrafo 8 del Anexo 1 ("Términos y su definición a los efectos del presente Acuerdo") "institución no gubernamental" se define como:

"Institución que no sea del Gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico."

En esta definición parece reconocerse de manera implícita la existencia de instituciones no gubernamentales que *no* están legalmente habilitadas para hacer respetar un reglamento técnico, ya que se define "institución no gubernamental" como "*institución [...] con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico*". Esta definición parece referirse a dos tipos diferentes de instituciones no gubernamentales. Podría aducirse que si hay instituciones no gubernamentales que están legalmente habilitadas para hacer respetar un reglamento técnico, también debe haber instituciones no gubernamentales que no están legalmente habilitadas para hacer respetar un reglamento técnico y que adoptan o aplican normas voluntarias. Queda por resolver la cuestión de si el Acuerdo OTC se aplica a ambos tipos de instituciones no gubernamentales.

Las reglas básicas para la realización y el reconocimiento de la evaluación de la conformidad por las instituciones del Gobierno central figuran en los artículos 5 y 6 del Acuerdo OTC. El artículo 8 aplica esas reglas, con ligeras modificaciones, a las instituciones no gubernamentales.

En el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo OTC ("Procedimientos de evaluación de la conformidad aplicados por las instituciones del Gobierno central") se establece lo siguiente:

"En los casos en que se exija una declaración positiva de conformidad con los reglamentos técnicos o las normas, los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su Gobierno central apliquen a los productos originarios de los territorios de otros Miembros las disposiciones siguientes: [...]."

Según un especialista de la OMC, "*la situación típica en que se aplica el artículo 5 es cuando una institución del Gobierno central debe evaluar la conformidad de un producto con un reglamento o una norma. Sin embargo, puede ocurrir que, incluso cuando las reglas hayan sido dictadas por el Gobierno central, la tarea de evaluar la conformidad se confíe a una institución de la administración local o a una institución no gubernamental. Esa iniciativa constituye una forma de acreditación y por lo tanto cae dentro de la definición de 'evaluación de la conformidad' del Acuerdo OTC. El artículo 5 impone obligaciones a los gobiernos centrales en materia de evaluación de la conformidad, pero las actividades que regula sugieren que su ámbito de aplicación no incluye las acreditaciones. Sea como fuere, esta forma de delegación de responsabilidad constituye un buen ejemplo del caso en que un Gobierno central 'se atiene' al procedimiento de evaluación de una institución no gubernamental y, por lo tanto, estaría abarcada por el artículo 8 del Acuerdo OTC*".⁴⁹

El artículo 8 del Acuerdo OTC se refiere directamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC en relación con las actividades de las instituciones no gubernamentales que aplican procedimientos de evaluación de la conformidad. En su párrafo 1 se dispone que:

"Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio que apliquen procedimientos de evaluación de la conformidad cumplan las disposiciones de los artículos 5 y 6, a excepción de la obligación de notificar los procedimientos de evaluación de la conformidad en proyecto. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o

⁴⁹ Edmond Mc Govern, *International Trade Regulation*, Globefield Press (hojas amovibles, edición del 20 de mayo de 2006), párrafo 7.244.

indirectamente a esas instituciones a actuar de manera incompatible con las disposiciones de los artículos 5 y 6."

En el párrafo 2 del artículo 8 del Acuerdo OTC se estipula lo siguiente:

"Los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su Gobierno central sólo se atengan a los procedimientos de evaluación de la conformidad aplicados por instituciones no gubernamentales si éstas cumplen las disposiciones de los artículos 5 y 6, a excepción de la obligación de notificar los procedimientos de evaluación de la conformidad en proyecto."

En el artículo 10 del Acuerdo OTC se establecen las obligaciones de los Miembros de la OMC en relación con la "Información sobre los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad". Allí se incluye, por ejemplo, la información sobre las normas que hayan adoptado o que proyecten adoptar las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización en su territorio:

"10.3 Cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que existan uno o varios servicios que puedan responder a todas las peticiones razonables de información formuladas por otros Miembros y por partes interesadas de los demás Miembros así como facilitar o indicar dónde pueden obtenerse los documentos pertinentes referentes a:

10.3.1 las normas que hayan adoptado o proyecten adoptar dentro de su territorio las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización o las instituciones regionales con actividades de normalización de las que aquellas instituciones sean miembros o participantes; y

10.3.2 los procedimientos de evaluación de la conformidad existentes o en proyecto que sean aplicados dentro de su territorio por instituciones no gubernamentales, o por instituciones regionales de las que aquellas instituciones sean miembros o participantes;

10.3.3 la condición de integrante o participante de las instituciones no gubernamentales pertinentes dentro de su territorio en instituciones internacionales y regionales con actividades de normalización y en sistemas de evaluación de la conformidad, así como en acuerdos bilaterales y multilaterales dentro del alcance del presente Acuerdo; dichos servicios también habrán de poder facilitar la información que razonablemente pueda esperarse sobre las disposiciones de esos sistemas y acuerdos."

Los párrafos 1.1 y 1.3 del artículo 10 del Acuerdo OTC se refieren a las obligaciones de los Miembros de la OMC relativas a determinadas actividades de las instituciones no gubernamentales legalmente habilitadas para hacer aplicar un reglamento técnico.

Por último, en el párrafo 5 del artículo 11 (Asistencia técnica a los demás Miembros) se establece que los Miembros de la OMC asesorarán a los demás Miembros acerca de los sistemas de evaluación de la conformidad aplicados por instituciones no gubernamentales existentes en el territorio del Miembro de que se trate.

"11.5 De recibir una petición a tal efecto, los Miembros asesorarán a los demás Miembros, en particular a los países en desarrollo Miembros, y les prestarán asistencia técnica, según las modalidades y en las condiciones que se decidan de

común acuerdo, en lo referente a las medidas que sus productores tengan que adoptar si quieren tener acceso a los sistemas de evaluación de la conformidad aplicados por instituciones gubernamentales o no gubernamentales existentes en el territorio del Miembro al que se dirige la petición."

El Acuerdo OTC no contiene ninguna disposición acerca del suministro de asistencia técnica a los demás Miembros de la OMC en relación con la adopción o elaboración de normas (voluntarias).

1.2.2 Aplicabilidad del Acuerdo OTC a determinadas normas no gubernamentales no relacionadas con los productos

El Acuerdo OTC, en el párrafo 2 de su Anexo 1, contiene la siguiente definición de "norma":

"Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas."

Por consiguiente, el texto del Acuerdo OTC parece indicar que el Acuerdo no es aplicable a los procesos y métodos de producción (en lo sucesivo, PMP) que no están "relacionados con los productos".

En ese caso, el Acuerdo OTC, incluso si se aplicase a las instituciones no gubernamentales, no podría imponer restricciones, por ejemplo, a las normas voluntarias sobre los PMP no relacionadas con productos (como algunas normas sociales y ambientales), incluidas las que se basen en normas internacionales existentes. Sin embargo, en ese caso estas normas podrían caer dentro del alcance del GATT, en particular su artículo III, que recoge la obligación del trato nacional e impone el principio de no discriminación entre los productos de fabricación nacional y los productos importados "similares" importados.

1.3 Otros Acuerdos de la OMC

A los fines del presente estudio también hemos analizado otros Acuerdos de la OMC y examinado en particular si contienen definiciones o menciones de los siguientes términos: "no gubernamental", "gubernamental" (por oposición a "no gubernamental"), "instituciones", "organizaciones", "empresas", "entidades", "privado", "público" (por oposición a "privado"), "normas" y "medidas".

En los siguientes Acuerdos no se ha hallado ninguna referencia a dichos términos: GATT, Acuerdo sobre la Agricultura, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), Acuerdo Antidumping y Acuerdo sobre Salvaguardias.

1.3.1 Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Como se ha dicho antes, el párrafo 3 del artículo I ("Alcance y definición") del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante, AGCS) determina cuándo se considera que una medida que afecta al comercio de servicios es una medida adoptada por un Miembro de la OMC. Según el párrafo 3 del artículo I, a los efectos del AGCS:

"[...] se entenderá por 'medidas adoptadas por los Miembros' las medidas adoptadas por:

- i) *gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y*
- ii) ***instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.***

En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio." [sin negritas en el original]

Por consiguiente, las medidas adoptadas por las instituciones no gubernamentales están comprendidas en el ámbito de aplicación del AGCS, pero sólo si se adoptan "*en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales*".

En el párrafo 5 del artículo VII del AGCS también se mencionan las "organizaciones no gubernamentales" en relación con el reconocimiento de certificados, licencias, estudios, etc. De conformidad con dicho párrafo, "***... los Miembros trabajarán en colaboración con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales competentes con miras al establecimiento y adopción de normas y criterios internacionales comunes en materia de reconocimiento y normas internacionales comunes para el ejercicio de las actividades y profesiones pertinentes en la esfera de los servicios***". [sin negritas en el original]

1.3.2 Anexo sobre Telecomunicaciones

En el párrafo 7 del Anexo sobre Telecomunicaciones se establece que los Miembros de la OMC consultarán a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre cuestiones derivadas de la aplicación del Anexo:

*"Los Miembros reconocen la función que desempeñan las organizaciones y los acuerdos intergubernamentales y no gubernamentales para el logro del funcionamiento eficiente de los servicios nacionales y mundiales de telecomunicaciones, en particular la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Cuando proceda, los Miembros adoptarán las disposiciones adecuadas para la **celebración de consultas** con esas organizaciones sobre cuestiones derivadas de la aplicación del presente Anexo."* [sin negritas en el original]

1.3.3 Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) contiene disposiciones sobre los actos de "encomendar" y "ordenar" (párrafo 1 a) iv) del artículo 1) que abarcan las subvenciones otorgadas en el territorio de un Miembro de la OMC por entidades privadas pero consideradas medidas de los gobiernos:

"Artículo 1

Definición de subvención

1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 1) *cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo 'gobierno'), es decir:*

i) *cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);*

ii) *cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);*

iii) *cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;*

iv) *cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;*

o

a) 2) *cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;*

y

b) *con ello se otorgue un beneficio.*" [sin negritas en el original]

1.3.4 Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición

En su artículo 1 (Alcance - Definiciones), el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición de la OMC dispone que las actividades de inspección previa a la expedición podrán realizarlas las entidades (privadas) de inspección previa a la expedición bajo contrato o por prescripción del gobierno o de un órgano gubernamental de un Miembro de la OMC:

"1. *El presente Acuerdo será aplicable a todas las actividades de inspección previa a la expedición realizadas en el territorio de los Miembros, ya se realicen bajo contrato o por prescripción del gobierno o de un órgano gubernamental del Miembro de que se trate.*

2. *Por 'Miembro usuario' se entiende un Miembro cuyo gobierno o cualquier órgano gubernamental contrate actividades de inspección previa a la expedición o prescriba su uso.*

3. *Las actividades de inspección previa a la expedición son todas las actividades relacionadas con la verificación de la calidad, la cantidad, el precio -incluidos el tipo de cambio de la moneda correspondiente y las condiciones financieras- y/o la clasificación aduanera de las mercancías que vayan a exportarse al territorio del Miembro usuario.*

4. *Se entiende por 'entidad de inspección previa a la expedición' toda entidad encargada, bajo contrato o por prescripción de un Miembro, de realizar actividades de inspección previa a la expedición."*

En el artículo 2 se establecen las obligaciones de los Miembros usuarios de velar por el respeto de principios como la no discriminación (párrafo 1 del artículo 2): "*Se asegurarán [...] de que todos los inspectores de las entidades de inspección previa a la expedición cuyos servicios contraten o cuya utilización prescriban realicen la inspección de manera uniforme*", o la transparencia (párrafo 6 del artículo 2) en las actividades de inspección realizadas por entidades (privadas) de inspección previa a la expedición: "*Los Miembros usuarios se asegurarán de que las entidades de inspección previa a la expedición, cuando los exportadores se pongan en contacto con ellas por primera vez, suministren a éstos una lista de toda la información que les es precisa para cumplir las prescripciones relativas a la inspección. Las entidades de inspección previa a la expedición suministrarán la información propiamente dicha cuando la pidan los exportadores. Esta información comprenderá una referencia a las leyes y reglamentos de los Miembros usuarios relativos a las actividades de inspección previa a la expedición, así como los procedimientos y criterios utilizados a efectos de la inspección y de la verificación de los precios y del tipo de cambio de la moneda correspondiente, los derechos de los exportadores con respecto a las entidades de inspección, y los procedimientos de recurso establecidos en el párrafo 21 [...]."*

1.4 Conclusiones

Del análisis del texto del Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC y otros Acuerdos de la OMC pueden extraerse las siguientes conclusiones:

La aplicación de las disposiciones del Acuerdo MSF a las entidades no gubernamentales que formulan y que aplican normas *a la luz del artículo 13 del Acuerdo MSF* depende en gran medida de la definición de "institución no gubernamental".

Puede afirmarse que sólo las entidades privadas a las que el gobierno ha encomendado la ejecución de determinadas tareas o que tienen por otros motivos una condición jurídica especial caen dentro de la definición de "entidad no gubernamental" con arreglo al Acuerdo MSF.

Por el contrario, también puede aducirse que la definición de "entidad no gubernamental" en el Acuerdo MSF es más amplia e incluye también a otras instituciones privadas a las que el gobierno no ha encomendado determinadas tareas, pero que *funcionan en el territorio de un Miembro de la OMC*.

La interpretación literal del artículo 13 del Acuerdo MSF indica que la cuestión de la definición de "entidad no gubernamental" no está resuelta.

Aunque las disposiciones del Acuerdo MSF no se refieran directamente a las entidades no gubernamentales, *a la luz del artículo 13 del Acuerdo MSF*, los Miembros de la OMC tienen la responsabilidad de velar por que las actividades de las entidades no gubernamentales se ajusten al Acuerdo.

De conformidad con el artículo 4 del Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros de la OMC no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta.

El artículo 8 del Acuerdo OTC se refiere directamente a las obligaciones de los Miembros de la OMC en relación con las actividades de las instituciones no gubernamentales que aplican procedimientos de evaluación de la conformidad.

Otros Acuerdos de la OMC, como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Anexo sobre Telecomunicaciones, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición son útiles para distinguir entre las actividades no gubernamentales y las gubernamentales.

Informe 2

"Jurisprudencia pertinente de la OMC y orientaciones interpretativas en forma de decisiones *ad hoc* o trabajos preparatorios de los Acuerdos MSF y OTC"

Como se previó en el mandato, en el presente informe se examina, agrupa y referencia, según proceda, toda la información interpretativa pertinente, tanto la resultante del proceso de negociación y redacción de los Acuerdos MSF y OTC como la producida después de su entrada en vigor, en forma de jurisprudencia de la OMC y de decisiones (si las hay) de los Comités MSF y OTC. El examen de la jurisprudencia aplicable de la OMC no se ha limitado a los asuntos sometidos al procedimiento de solución de diferencias en que se hayan planteado directamente cuestiones sobre MSF u OTC.

1. Consideración de la jurisprudencia de la OMC

1.1 Jurisprudencia relativa al artículo 13 del Acuerdo MSF

Existe escasa jurisprudencia de la OMC acerca de la interpretación del artículo 13 del Acuerdo MSF y, en concreto, no hay jurisprudencia alguna sobre las *entidades no gubernamentales* y el artículo 13 del Acuerdo MSF.

En el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Canadá*⁵⁰, el Canadá alegó que Australia era jurídicamente responsable de la prohibición impuesta por Tasmania (a la importación de salmón canadiense) con arreglo al artículo 13 del Acuerdo MSF y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El Grupo Especial afirmó lo siguiente:

68. "[...] creemos que hay que considerar que la prohibición de Tasmania constituye una medida adoptada por Australia, en el sentido de que se trata de una medida de la que Australia es responsable tanto con arreglo al derecho internacional general como en virtud de las disposiciones pertinentes de la OMC.⁵¹ Señalamos, además, que la medida de Tasmania es una medida sanitaria aplicada dentro del territorio de Australia que afecta directamente al comercio internacional y, por consiguiente, con arreglo al párrafo 1 del anexo A, y al párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF, está sujeta a ese Acuerdo.

69. Como ha reconocido Australia en su carta de 9 de diciembre de 1999, las medidas de Tasmania podrían considerarse medidas adoptadas por 'instituciones' que no son 'del Gobierno central' en el sentido del artículo 13 del Acuerdo MSF y

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Canadá*, WT/DS18/RW, de 18 de febrero de 2000.

⁵¹ En relación con el derecho internacional general, véase el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.") y el artículo 6 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional. ("El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un acto de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones son de carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado", Anuario de la CDI, 1996, capítulo III.)

*constituirían medidas 'adoptadas por un gobierno regional' dentro del territorio de Australia en el sentido del párrafo 9 del artículo 22 del ESD. El artículo 13 del Acuerdo MSF establece de forma inequívoca que: 1) 'los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones [...] estipuladas [en el Acuerdo MSF]; y ii) los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del Gobierno central'. Analizando conjuntamente esas dos obligaciones, a la luz del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF al que antes hemos hecho referencia, consideramos que las medidas sanitarias adoptadas por el Gobierno de Tasmania, al ser medidas de una institución que no es del Gobierno central, como ha reconocido Australia, están sujetas al Acuerdo MSF, y Australia en cuanto Miembro de la OMC es responsable de ellas en lo que afecta a la observancia por ese país de las obligaciones estipuladas en el Acuerdo MSF. Además, como establece claramente el párrafo 9 del artículo 22 del ESD 'podrán invocarse las disposiciones de los acuerdos abarcados [incluido el propio ESD] en materia de solución de diferencias con respecto a medidas que afecten a la observancia de los mismos y hayan sido adoptadas por los gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un Miembro', incluidas, como ha reconocido Australia, las medidas adoptadas por Tasmania de las que nos ocupamos ahora. En consecuencia, en nuestra calidad de Grupo Especial que desarrolla su actuación con arreglo a esas disposiciones en materia de solución de diferencias, estamos facultados para examinar si las medidas de Tasmania respetan lo dispuesto en el Acuerdo MSF.'*⁵²

En resumen, el Grupo Especial constató que la medida de Tasmania era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF y no examinó ninguna otra alegación del Canadá a este respecto; en particular, el Grupo Especial constató que el Canadá no había fundamentado una alegación relacionada con el artículo 13 del Acuerdo MSF, que obliga a los Miembros a elaborar y aplicar medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones de dicho Acuerdo por las instituciones que no sean del Gobierno central.

Por consiguiente, el Grupo Especial no decidió si Australia había cumplido o no esa obligación. No obstante, ello no le impidió remitirse al artículo 13 para respaldar la constatación de que la medida de Tasmania estaba sujeta al Acuerdo MSF y era responsabilidad de Australia.⁵³

Aunque este informe del Grupo Especial no se refería a las instituciones no gubernamentales, permite sacar algunas conclusiones sobre la forma en que un grupo especial podría analizar una posible vulneración del Acuerdo MSF por una institución no gubernamental. En primer lugar, el grupo especial examinaría el artículo 13 para determinar si un Miembro de la OMC es "responsable"; luego, "considerando el caso a la luz del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF", establecería si la medida impugnada es una medida sanitaria o fitosanitaria y, por último, decidiría si se ha producido una infracción del Acuerdo MSF.

1.2 Otra jurisprudencia

No existe jurisprudencia pertinente en el marco del Acuerdo OTC en relación con las instituciones no gubernamentales.

⁵² Informe del Grupo Especial, WT/DS18/RW, párrafos 7.12 y 7.13.

⁵³ Informe del Grupo Especial, WT/DS18/RW, párrafo 7.162.

La cuestión de los actos del gobierno frente a las acciones privadas se ha analizado en el informe del Grupo Especial en la diferencia *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*⁵⁴:

*"Del hecho de que el Acuerdo sobre la OMC es un Acuerdo Internacional, que sólo obliga directamente a los gobiernos nacionales y los territorios aduaneros distintos, se desprende que el término medida utilizado en el párrafo 1 b) del artículo XXIII y en el párrafo 1 del artículo 26 del ESD, así como en otros artículos del Acuerdo sobre la OMC, se refiere exclusivamente a las políticas o actos de los gobiernos y no de los particulares. Pero aunque no quepan dudas sobre ese 'hecho', en varias diferencias comerciales los grupos especiales se han visto enfrentados a la necesidad de adoptar una decisión, a veces difícil, acerca del grado en que acciones que a primera vista parecen acciones de particulares pueden ser imputables al gobierno por razón de la conexión del gobierno con esas acciones o el apoyo prestado a ellas."*⁵⁵

El Grupo Especial presentó a título de ejemplo el informe de 1989 del Grupo Especial sobre el asunto *CEE - Restricciones a las importaciones de manzanas de mesa*.⁵⁶ Ese Grupo Especial había hecho la siguiente observación:

"El régimen interno de la CEE en lo relativo a las manzanas era un régimen híbrido que combinaba elementos de responsabilidad pública y responsabilidad privada. Desde el punto de vista de la legislación, había dos sistemas posibles, la compra directa de manzanas por las autoridades de los Estados Miembros y la retirada de fruta por grupos de productores."

El Grupo Especial constató que se podía considerar que tanto el sistema de compra como el de retiro establecidos para las manzanas en virtud del Reglamento de la CEE constituían medidas gubernamentales a los efectos del párrafo 2 c) i) del artículo XI.

En el asunto *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*⁵⁷, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

"asuntos sustanciados anteriormente en el GATT demuestran que el hecho de que una determinada acción sea realizada por particulares no excluye la posibilidad de que pueda considerarse una medida gubernamental si hay una intervención suficiente del gobierno en ella. No obstante es difícil establecer reglas claras al respecto, por lo que esa posibilidad habrá de ser examinada caso por caso".

Por consiguiente, parece que es necesario cierto grado de intervención gubernamental para que una medida pueda ser examinada a la luz de los Acuerdos de la OMC. "Cierta grado de intervención gubernamental" podría ser un criterio útil para diferenciar las "instituciones no gubernamentales" de las "instituciones privadas".

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, WT/DS44/R, de 31 de marzo de 1998.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, WT/DS44/R, párrafo 10.52.

⁵⁶ Informe del Grupo Especial, *CEE - Restricciones a las importaciones de manzanas de mesa* (reclamación de Chile), adoptado el 22 de junio de 1989, IBDD 36S/104, página 143.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, WT/DS44/R, párrafo 10.56.

1.2.1 Jurisprudencia sobre las disposiciones del Acuerdo SMC acerca de "ordenar" y "encomendar"

En el asunto *CE - Medidas compensatorias sobre las microplaquetas para DRAM*⁵⁸, el Grupo Especial afirmó que "[c]ompart[ía] el entendimiento básico [acerca de la limitación de las exportaciones] de ese Grupo Especial de los términos 'encomiende' u 'ordene' en el sentido de que requieren una actuación gubernamental que obliga a una entidad privada a actuar en una forma determinada y que en general atañe a una situación en la que el gobierno ejecuta una política en particular actuando por medio de una entidad privada"; y dijo que "la autoridad investigadora tendrá que asegurarse de que la demostración de encomienda u orden es probatoria e inequívoca, lo que evidentemente variará de un caso a otro".

En la diferencia *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM*⁵⁹, el Órgano de Apelación concluyó que "la 'encomienda' tiene lugar cuando un gobierno asigna responsabilidad a una entidad privada y la 'orden' se refiere a situaciones en las que el gobierno ejerce su autoridad sobre una entidad privada" y modificó por lo tanto la interpretación que había hecho el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 "en la medida en que pueda entenderse que limita los términos 'encomiende' y 'ordene' a actos de 'delegación' y 'mando'".

En el mismo asunto, *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM*⁶⁰, el Grupo Especial había concluido que "como cuestión de derecho, no consideramos que el sentido claro del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC exija que una autoridad investigadora demuestre la existencia de una acción explícita del gobierno dirigida a una entidad determinada, por la que se encomiende u ordene una tarea u obligación determinada".

En la diferencia *Corea - Embarcaciones comerciales*⁶¹, el Grupo Especial deliberó en el contexto del artículo 1 del Acuerdo SMC, relativo a la existencia de subvenciones, y observó que de los términos "encomendar" y "ordenar" se desprende que la acción del gobierno debe incluir una noción de delegación (en lo relativo a "encomendar") o de mando (en lo referente a "ordenar"), pero afirmó que el acto de encomendar o de ordenar no tiene por qué ser "explícito".

En el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*⁶², el Grupo Especial rechazó el argumento de que una limitación de las exportaciones fuera "funcionalmente equivalente" a encomendar u ordenar a una entidad privada que suministrara bienes al mercado nacional y concluyó

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas compensatorias sobre las microplaquetas para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea*, WT/DS299/R, de 3 de agosto de 2005; véanse los párrafos 7.18-146.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea*, WT/DS296/AB/R; véanse los párrafos 102-197.

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea*, WT/DS296/R, de 20 de julio de 2005; véanse los párrafos 7.10-178.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, *Corea - Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales*, WT/DS273/R, de 7 de marzo de 2005; véanse los párrafos 7.350-426.

⁶² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones*, WT/DS194/R, de 29 de junio de 2001; véanse los párrafos 8.15-75.

que, en su significado corriente, los términos "encomienda" y "ordena" connotan una "acción explícita y afirmativa de delegación o de mando".

En consonancia con esta jurisprudencia, los criterios de "encomendar" u "ordenar" podrían ser útiles para diferenciar a las "instituciones no gubernamentales" de las "instituciones privadas".

1.3 Aplicación de la jurisprudencia a las MSF

La cuestión es si esa jurisprudencia es aplicable a las medidas sanitarias y fitosanitarias. En el artículo 13 del Acuerdo MSF se establece que los "*Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio [...] cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo*".

En el Anexo A del Acuerdo MSF se define "medida sanitaria o fitosanitaria" como

"Toda medida aplicada:

- a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;*
- b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;*
- c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas;
o*
- d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.*

Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos."

Una vez más se hace hincapié en "*medida aplicada en el territorio del Miembro*". Por último, en relación con el tipo de medida, además de "*todas las leyes, decretos, reglamentos ... pertinentes*", en el Acuerdo MSF las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden "*prescripciones y procedimientos*", que pueden no ser necesariamente medidas gubernamentales como leyes, decretos o reglamentos.

Para determinar el alcance del concepto de "medida" un estudio de los demás Acuerdos de la OMC puede brindar una orientación interpretativa.

El párrafo 3 del artículo I del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) define "medidas adoptadas por los Miembros" como:

"... las medidas adoptadas por:

- i) *gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y*
- ii) *instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.*

En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio."

Por consiguiente, las medidas adoptadas por instituciones no gubernamentales entran en el ámbito de aplicación del AGCS, aunque sólo si se adoptan "*en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales*".

El Acuerdo MSF no se refiere explícitamente a medidas adoptadas por instituciones no gubernamentales "*en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales*". Se limita a establecer que "*las entidades no gubernamentales existentes en su territorio [...] cumpl[irán] las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo*" y que las medidas sanitarias o fitosanitarias pueden comprender medidas que no formen parte de la legislación adoptada por el gobierno (por ejemplo, en forma de "*prescripciones*" y "*procedimientos*").

En conclusión, también hay argumentos para defender la posibilidad de analizar las normas privadas, establecidas por entidades no gubernamentales, de acuerdo con las reglas de la OMC, en especial el Acuerdo MSF.

No obstante, en el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*⁶³, el Grupo Especial estableció que una "medida sanitaria o fitosanitaria" consta de tres elementos: "la finalidad de la medida, su forma jurídica y su naturaleza":

"El párrafo 1 del Anexo A indica que para determinar si una medida en particular es una 'medida sanitaria o fitosanitaria' deberán tenerse en cuenta elementos como la finalidad de la medida, su forma jurídica y su naturaleza. El elemento de finalidad se aborda en los apartados a) a d), inclusive, del párrafo 1 del Anexo A ('toda medida aplicada'). Al elemento de forma se hace referencia en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A ('leyes, decretos, reglamentos'). Por último, a la naturaleza de las medidas que pueden considerarse MSF se hace también referencia en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A ('prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y

⁶³ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, adoptado el 29 de septiembre de 2006 [WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R], párrafo 7.149. Además, en el párrafo 7.162, el Grupo Especial da un ejemplo y afirma que una medida "*debería considerarse [...] una MSF, ya que satisface los elementos de forma (ley), naturaleza (prescripción) y finalidad (una de las finalidades enumeradas) de la definición de la expresión 'medida sanitaria o fitosanitaria' que figura en el párrafo 1 del Anexo A*".

métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; [etc.]')."

Por lo tanto, según este informe muy reciente de un grupo especial, parece que, para que satisfagan el segundo requisito (el elemento de forma), las MSF sólo pueden tener la forma de una ley, decreto o reglamento, mientras que las "prescripciones y procedimientos" son únicamente un "elemento de naturaleza" adicional.

Sin embargo, en una nota reciente de la Secretaría presentada al Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias titulada "Las normas privadas y el Acuerdo MSF"⁶⁴ se contradice la interpretación de ese Grupo Especial. La Secretaría afirma que "[...] *la definición de las medidas sanitarias y fitosanitarias que figura en el párrafo 1 del Anexo A y la lista ilustrativa que la acompaña no las limitan explícitamente a las medidas oficiales*".

Por consiguiente, un Grupo Especial de la OMC y la Secretaría de la Organización han expresado opiniones distintas acerca de si las medidas que no han sido adoptadas por un gobierno pueden definirse como medidas sanitarias o fitosanitarias.

2. Información interpretativa

2.1 Información interpretativa en el contexto de la negociación y redacción de los Acuerdos MSF y OTC

2.1.1 Trabajos preparatorios del Acuerdo OTC

El 29 de agosto de 1995, el Comité de Comercio y Medio Ambiente (Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio) recibió un documento sobre la "Historia de la negociación del alcance del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en lo que respecta a los requisitos de etiquetado, las normas de aplicación voluntaria y los procesos y métodos de producción no relacionados con las características de productos".⁶⁵ Dicho documento se centra en esas cuestiones concretas y su propósito no es hacer un examen exhaustivo de la historia de la negociación de todas las disciplinas en la Ronda de Tokio y el Acuerdo OTC.

A los efectos del presente estudio tienen especial interés las consideraciones relacionadas con la historia de la negociación de la definición de "norma" e "institución con actividades de normalización", así como con las disciplinas para la elaboración, adopción y aplicación de normas por las instituciones no gubernamentales.

2.1.1.1 Definiciones

Inicialmente, en las negociaciones de la Ronda de Tokio, el término "norma" se utilizó para designar tanto a las normas obligatorias como voluntarias y las diversas obligaciones sobre la elaboración, adopción y aplicación de normas se examinaron respecto de tres categorías de normas: normas obligatorias de las instituciones del Gobierno central, normas obligatorias de instituciones públicas locales y normas de aplicación voluntaria.

En lo referente a las normas obligatorias de las instituciones del Gobierno central, el proyecto de Código de Normas imponía a los signatarios obligaciones de primer nivel (es decir, obligaciones

⁶⁴ G/SPS/GEN/746, de 24 de enero de 2007.

⁶⁵ WT/CTE/W/10; G/TBT/W/11, de 29 de agosto de 1995.

vinculantes). Para las otras dos categorías de normas se estipulaba el segundo nivel de obligaciones (los signatarios estaban obligados a tomar todas las medidas razonables a su alcance para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pertinentes). Una de las principales preocupaciones durante las negociaciones fue el equilibrio de derechos y obligaciones entre los signatarios, por ejemplo, en relación con la posible desigualdad de obligaciones entre los países en los que las actividades de normalización correspondían en gran parte a instituciones del sector privado que elaboraban normas de aplicación voluntaria y los países en los que todas las normas eran obligatorias.

Después de varios años de negociaciones, el texto final del Anexo 1 ("Términos y su definición para las finalidades concretas del presente Acuerdo") del Acuerdo OTC de la Ronda de Tokio contenía las siguientes definiciones:

Norma:

"Especificación técnica aprobada por una institución reconocida para su aplicación repetida o continua y cuya observancia no es obligatoria."

Nota explicativa de la definición de 'norma':

"La definición correspondiente de la CEPE/ISO contiene varios elementos normativos que no se incluyen en ésta. Así pues, el Código abarca las especificaciones técnicas que no se basan en un consenso. Esta definición no abarca las especificaciones técnicas elaboradas por una determinada compañía a los efectos de su propia producción o consumo. El término 'institución' comprende también un sistema nacional de normalización."

Institución con actividades de normalización:

"Institución gubernamental o no gubernamental una de cuyas actividades reconocidas pertenece a la esfera de la normalización."

Las definiciones del Acuerdo OTC de la Ronda de Tokio diferían de las empleadas por la Comisión Económica para Europa (CEPE) y la Organización Internacional de Normalización (ISO) en las normas CEPE/ISO.

La definición de "norma" que aparece en el texto final del Acuerdo OTC de la OMC, después de las negociaciones de la Ronda Uruguay, dice lo siguiente:

Norma:

"Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas."

Nota explicativa:

Los términos definidos en la Guía 2 de la ISO/CEI abarcan los productos, procesos y servicios. El presente Acuerdo sólo trata de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad relacionados con los productos o los procesos y métodos de producción. Las normas definidas en la Guía 2 de la

ISO/CEI pueden ser obligatorias o de aplicación voluntaria. A los efectos del presente Acuerdo, las normas se definen como documentos de aplicación voluntaria, y los reglamentos técnicos, como documentos obligatorios. Las normas elaboradas por la comunidad internacional de normalización se basan en el consenso. El presente Acuerdo abarca asimismo documentos que no están basados en un consenso."

En el Anexo 1 revisado del Acuerdo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio no se daba ninguna definición específica de "institución con actividades de normalización". No obstante, en dicho Anexo hay una declaración según la cual "cuando se utilicen en el presente Acuerdo, los términos presentados en la sexta edición de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, sobre términos generales y sus definiciones en relación con la normalización y las actividades conexas, tendrán el mismo significado que se les da en las definiciones recogidas en la mencionada Guía teniendo en cuenta que los servicios están excluidos del alcance del presente Acuerdo". En la Guía 2 de la ISO/CEI de 1991 no se ha modificado la definición de "institución con actividades de normalización" de la versión anterior (es decir, de la quinta edición de la Guía, que es la siguiente: "institución que tenga actividades reconocidas en materia de normalización").

2.1.1.2 Disciplinas sobre la elaboración, la adopción y la aplicación de normas

Durante las negociaciones de la Ronda de Tokio, el artículo 4 del proyecto de Código de Normas prescribía disciplinas en relación con la elaboración, adopción y aplicación de normas voluntarias. Los objetivos principales de esas disciplinas eran impedir que las normas de aplicación voluntaria se convirtieran en obstáculos al comercio internacional, fomentar la cooperación en la elaboración de normas internacionales y la utilización de normas internacionales, establecer obligaciones de notificación y prestar atención a las observaciones formuladas cuando el contenido de las normas voluntarias no fuera en sustancia el mismo que el de las normas internacionales, con la excepción de determinadas disciplinas en caso de problemas urgentes, y lograr el cumplimiento por las instituciones regionales de normalización de las disciplinas pertinentes. Estas disciplinas implicaban una "obligación de máximo empeño" u obligación del segundo nivel. Por ejemplo, según el primer párrafo del artículo 4:

"Los adherentes utilizarán todos los medios razonables a su alcance para hacer que las normas no sean elaboradas, adoptadas o aplicadas con el fin de crear obstáculos al comercio internacional. También utilizarán todos los medios razonables a su alcance para hacer que ni las reglamentaciones técnicas propiamente dichas ni su aplicación tengan por efecto la creación de un obstáculo injustificado al comercio internacional."

En la Ronda Uruguay, varias delegaciones hicieron patente su deseo de reforzar las disciplinas del Acuerdo de la Ronda de Tokio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio relativas a la elaboración, adopción y aplicación de normas. Se presentaron varias propuestas referentes al aumento del grado de transparencia y participación en las actividades realizadas en la esfera de la normalización por los diversos tipos de instituciones con actividades de normalización (instituciones del Gobierno central, instituciones públicas locales o instituciones regionales o no gubernamentales con actividades de normalización).

La India propuso⁶⁶ que se notificaran los proyectos de normas (o las normas previstas) de aplicación voluntaria, incluidos aquellos casos en que, aunque no se tratara de proyectos de normas nacionales, su amplia adopción por la industria del país elevara a esas normas a una condición similar a la de las normas nacionales; que se notificaran las normas de aplicación voluntaria que se convirtieran en obligatorias por ley o en virtud de órdenes dictadas en el marco de un texto legal; y que se

⁶⁶ MTN.GNG/NG8/W/9, 45.

proporcionara información y se lograra la compatibilidad entre las normas formuladas por las instituciones nacionales con actividades de normalización y las formuladas por las demás instituciones reconocidas con actividades de normalización dentro del territorio de una Parte.

La India aclaró que muchas Partes en el Acuerdo no notificaban los proyectos de normas de aplicación voluntaria aunque se tratara de normas nacionales, ni en caso de que su amplia adopción por la industria del país las elevara a una condición similar a la de las normas nacionales. Además era difícil obtener información acerca de las normas que se habían convertido en obligatorias en virtud de una disposición legislativa o de las normas formuladas por diferentes instituciones dentro del país. La India proponía que se notificaran las normas elaboradas por las instituciones locales y que se encargara a una institución nacional que proporcionara información y lograra la compatibilidad de las normas promulgadas por las demás instituciones reconocidas del país.

La CEE propuso⁶⁷ que se reforzaran, tanto a nivel nacional como a nivel local, las disciplinas del Acuerdo relativas a las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización. A tal fin, proponía que se incluyera, como anexo al Acuerdo, un Código de Buena Conducta para las instituciones no gubernamentales de normalización.⁶⁸ Según la CEE, su propuesta respondía al objetivo de "formular en forma más concreta las obligaciones ya enunciadas en los artículos 4, 6 y 8 del Acuerdo, y [...] establecer ciertas pautas que permitan calibrar la actuación de las Partes y de las **instituciones privadas**" [sin negritas en el original]. Las disciplinas recogidas en la propuesta inicial de la CEE en relación con el Acuerdo abarcaban la transparencia, el trato no discriminatorio, la posibilidad de presentar observaciones por escrito, y la necesidad de basarse en la mayor medida posible en normas internacionales para adoptar reglamentos técnicos y normas, determinar la conformidad y aplicar sistemas de certificación.

⁶⁷ MTN.GNG/NG8/W/8.

⁶⁸ TBT/W/110, de 7 de julio de 1988. La CEE estimó conveniente mejorar estas disposiciones por los siguientes motivos:

- a) "Las normas (y reglamentos técnicos) elaborados por instituciones no gubernamentales pueden, si se aplican en el ámbito nacional, crear en la práctica obstáculos al comercio tan graves como los que crearían los reglamentos técnicos elaborados por las instituciones del Gobierno central;
- b) al parecer, en todo el mundo se tiende a una mayor utilización de normas (y reglamentos técnicos) elaborados por instituciones no gubernamentales y un empleo menos frecuente de reglamentos técnicos elaborados por instituciones del Gobierno central. Esto se aplica a la CEE. [...];
- c) con las disposiciones vigentes del Acuerdo no se han logrado garantizar la transparencia de las actividades de las instituciones no gubernamentales de normalización o certificación, ni el acceso a dichas actividades, ni influencia alguna sobre las mismas. Tampoco esas disposiciones han contribuido a que las Partes obtengan, en relación con las instituciones no gubernamentales, unos resultados como si dichas instituciones fuesen Partes;
- d) esta ausencia de resultados puede deberse a tres factores:
 - i) pueden ser insuficientes los incentivos para que las instituciones no gubernamentales y las Partes cumplan plenamente sus obligaciones sustantivas;
 - ii) las propias obligaciones sustantivas pueden no ser bastante precisas o detalladas;
 - iii) las obligaciones sustantivas incumben a las Partes, pero se aplican luego a las instituciones no gubernamentales. No son forzosamente muy indicadas, eficaces o incluso pertinentes para las instituciones no gubernamentales."

Posteriormente, la CEE presentó una propuesta más detallada sobre el Código.⁶⁹ Hizo la siguiente declaración: "El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio impone obligaciones jurídicas directas solamente a las instituciones del Gobierno central. Las actividades de normalización, verificación y certificación que realizan las instituciones públicas locales y **las instituciones no gubernamentales** [...] están sometidas a obligaciones, si acaso, sólo indirectamente, a través del compromiso asumido por las Partes de tomar 'todas las medidas razonables que estén a su alcance' para lograr que esas otras instituciones cumplan ciertas disposiciones del Acuerdo a las cuales se hace referencia. Este compromiso de las Partes ha recibido el nombre de obligación del 'máximo esfuerzo' o de 'segundo nivel'. Así pues, no se habla directamente de las instituciones que no son del Gobierno central, y muy pocas de ellas saben que, en cierta medida, ya están comprendidas en el alcance del Acuerdo. Y en el caso de que lo sepan, les resulta difícil deducir del Acuerdo qué normas operacionales concretas se supone que deben seguir" (sin negritas en el original).

La CEE aclaró que la aceptación del Código por las instituciones no gubernamentales sería voluntaria, a condición de que las Partes tomaran todas las medidas a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales de reglamentación y certificación de sus respectivos territorios aceptasen el Código y se adhirieran a él. No obstante, aunque la adhesión al Código sería voluntaria, el prestigio que ello conllevaría supondría un estímulo. El Código se aplicaría de manera automática, al denegar ciertos beneficios a quienes no lo hubieran suscrito. También se autorregularía, al conceder a las demás partes el derecho a formular observaciones y reclamaciones. La CEE sugería además que en el Código de Buena Conducta para las instituciones no gubernamentales de normalización se recogieran los siguientes aspectos en relación con la transparencia:

- "1) Cada año debería ponerse a disposición la información sobre el programa de normas o reglamentos técnicos que toda institución prevé adoptar en el año siguiente, y sobre las normas internacionales que haya adoptado en el año anterior;*
- 2) debería ponerse a disposición, por lo menos con una antelación de 60 días, la información sobre toda norma o reglamento técnico específicos que vayan a adoptarse y no sean sustancialmente idénticos a una norma internacional, así como sobre todo sistema de certificación que se prevea introducir;*
- 3) se estudiará más adelante si esta información debería ponerse a disposición en un servicio nacional de información, facilitarse a pedido de las Partes interesadas o notificarse a las otras Partes por conducto de un servicio internacional centralizado (como ISONET);*
- 4) previa petición, debería ponerse a disposición el texto completo de todo proyecto de reglamento técnico, norma o sistema de certificación;*
- 5) los reglamentos técnicos y normas que se hayan adoptado deberían publicarse prontamente, para que las Partes interesadas puedan tomar conocimientos de los mismos. Previa petición, deberían ponerse a disposición con arreglo a los términos y condiciones comerciales normales."*

En los debates que se mantuvieron en el Comité OTC se expusieron diversas opiniones sobre las propuestas.⁷⁰ Sobre la base de esos debates, la India presentó una propuesta revisada⁷¹ sobre

⁶⁹ TBT/W/124, de 27 de julio de 1989.

⁷⁰ MTN.GNG/NG8/W 4, 6, 8, 10, 12, 16, 17 y 18.

⁷¹ MTN.GNG/NG8/W/45.

proyectos de normas de aplicación voluntaria y la CEE⁷² hizo lo mismo sobre el Código de Buena Conducta. Según declaró el representante de la CEE, el Código de Buena Conducta propuesto por la delegación de los Estados Unidos para las instituciones no gubernamentales de normalización se aplicaría exclusivamente a las instituciones nacionales y no preveía ningún vínculo real con el Acuerdo. Las instituciones privadas negociarían entre sí directrices voluntarias. Estas directrices podrían tener o no relación con los objetivos del GATT. El respeto de esas directrices por las instituciones se daría por supuesto. Por consiguiente, no habría ningún tipo de transparencia o vigilancia.⁷³

En su primera revisión de la propuesta de Código de Buena Conducta para las instituciones no gubernamentales de normalización, la CEE propuso que en el alcance del Código estuvieran comprendidas las instituciones no gubernamentales a nivel regional, nacional y local.

En octubre de 1990 los debates abocaron a un acuerdo sobre el texto del artículo 4 y el Código de Buena Conducta, que se reflejó en un proyecto de Acuerdo. Este texto del artículo 4 y del Código de Buena Conducta era el mismo que figura en el texto final del Acuerdo OTC de la OMC.

2.1.2 Trabajos preparatorios del Acuerdo MSF

No tenemos conocimiento de la existencia de ningún documento en el que se aborden exhaustivamente los trabajos preparatorios del Acuerdo MSF en general o la historia de la negociación del artículo 13 de dicho Acuerdo en particular.

De las entrevistas realizadas a testigos directos de las negociaciones de la Ronda Uruguay, que se prolongaron durante cinco años, se desprende que no hay indicios de que ninguna persona o país propusieran en ningún momento durante dichas negociaciones que el Acuerdo MSF fuera aplicable a las actividades de las organizaciones del sector privado que imponen prescripciones sanitarias o fitosanitarias con fines propios. Al parecer no hubo ningún debate sustantivo sobre ninguna propuesta de ese tipo.⁷⁴ Esto parece quedar confirmado por la falta de observaciones al respecto en los trabajos preparatorios y las actas de las negociaciones que se han examinado.

Por consiguiente, de la historia de la negociación parece desprenderse que no se previó en modo alguno que el Acuerdo MSF sería aplicado por los gobiernos de los Miembros de la OMC para limitar las prácticas de las empresas comerciales (puede aducirse que, de lo contrario, el Acuerdo MSF se hubiera enfrentado a una amplia oposición por parte de los intereses comerciales de los países desarrollados, oposición que no existió).

2.2 Información interpretativa procedente de los Comités de la OMC

2.2.1 Comité MSF

En la reunión del Comité MSF de la OMC celebrada los días 29 y 30 de junio de 2005, San Vicente y las Granadinas objetó las normas privadas que los supermercados o los minoristas privados de la CE habían impuesto a los bananos y otros productos agrícolas. San Vicente y las Granadinas contó con el respaldo de Jamaica, el Perú, el Ecuador y la Argentina. Creemos que ésa fue la primera ocasión en que esta cuestión se planteó en el Comité MSF.

⁷² MTN.GNG/NG8/W/49 y 71.

⁷³ TBT/M/39, de 13 de noviembre de 1990, párrafo 13.

⁷⁴ Entrevistas con Gretchen Stanton, Secretaria del Comité MSF, y Digby Gascoine, que dirigió la delegación australiana durante la negociación del Acuerdo MSF en la Ronda Uruguay.

Las preocupaciones de San Vicente y las Granadinas se debían a las normas o prescripciones aplicadas por el sector privado a los productos agrícolas e impuestas por organizaciones europeas como EurepGAP. En particular, su delegación impugnaba la llamada norma de las buenas prácticas agrícolas establecida por EurepGAP, por ser más estricta que cualquier norma aplicada, en su caso, por la Comunidad Europea. Los reclamantes pidieron que se aclarara el artículo 13 del Acuerdo MSF, que establece que los gobiernos se asegurarán de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio cumplan las disposiciones pertinentes de dicho Acuerdo.

En respuesta a esas objeciones, la Comunidad Europea adujo en el Comité MSF que esas organizaciones de elaboración de normas son entidades privadas y responden a las exigencias de los consumidores. Además, la Comunidad Europea alegó que EurepGAP no es la única institución que elabora normas. La Comunidad Europea dijo que, si se consideraba que esas normas eran normas gubernamentales formales o de la CE, los Miembros de la OMC debían plantear la cuestión a la Comunidad Europea y, que, si los reclamantes no alegaban que las normas fueran oficiales, sus preocupaciones debían presentarse a las organizaciones no gubernamentales correspondientes.

En respuesta a la posición de la Comunidad Europea, se ha dicho que: "*las normas privadas no parecen ser impulsadas meramente por la demanda. Eso plantea la cuestión de en qué medida las normas privadas son compatibles con los principios del Acuerdo MSF. Hoy en día la CE (y otros países desarrollados) no parecen demasiado dispuestos a analizar más de cerca los procedimientos de elaboración de normas privadas ni a cuestionar las razones esgrimidas por los comercializadores que dominan sectores como el de la fruta y las legumbres y hortalizas*".⁷⁵

Las normas del sector privado en la Comunidad Europea se volvieron a discutir en la reunión celebrada por el Comité MSF los días 1 y 2 de febrero de 2006. Sin embargo, no nos consta que se haya hecho ningún otro examen de esta cuestión a la luz de la normativa de la OMC ni en el Comité MSF ni en la OMC en general, aparte de la nota de la Secretaría de enero de 2007.⁷⁶

2.2.2 Comité OTC

En su *Segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*⁷⁷, el Comité OTC señaló que en la elaboración de normas internacionales intervenían diversas instituciones (es decir, instituciones intergubernamentales o no gubernamentales; instituciones especializadas en la elaboración de normas o involucradas también en otras actividades conexas), las cuales adoptaban enfoques y procedimientos diferentes en sus actividades de normalización. El examen se centra exclusivamente en las instituciones internacionales de elaboración de normas y no hace ninguna mención a las normas voluntarias elaboradas por instituciones no gubernamentales.

En la *reunión del Comité OTC celebrada el 15 de marzo de 2002*⁷⁸, la CE señaló a la atención de los Miembros de la OMC la cuestión del "etiquetado voluntario". Observó que algunos regímenes de etiquetado eran elaborados y aplicados por organismos no gubernamentales sujetos al Código de Buena Conducta (Anexo 3 del Acuerdo OTC). El Código establecía disciplinas para la transparencia de estos sistemas y, según el representante de la CE, mantener en examen los sistemas de etiquetado

⁷⁵ Gideon Rabinowitz, *SPS Standards and Developing Countries - The Skeleton in the Closet for the Doha Round*, CUTS International Briefing Paper 1/2006.

⁷⁶ G/SPS/GEN/746, de 24 de enero de 2007.

⁷⁷ G/TBT/9, de 13 de noviembre de 2000, párrafos 19 y 27.

⁷⁸ G/TBT/M/26, de 6 de mayo de 2002, párrafo 127.

era una cuestión muy importante. Sin embargo, en el Acuerdo esa obligación únicamente se establece con respecto al etiquetado obligatorio y no existe ninguna disposición similar en el Código de Buena Conducta con respecto al etiquetado voluntario. La CE instó al Comité OTC a estudiar la conveniencia de ocuparse de esas cuestiones.

En la *reunión del Comité OTC celebrada el 4 de noviembre de 2004*⁷⁹, el representante de la OCDE informó de la labor sobre las buenas prácticas de reglamentación y la apertura del mercado en la OCDE. Señaló que había habido una tendencia general a abandonar las medidas obligatorias en favor de normas y procedimientos conexos de evaluación de la conformidad adoptados voluntariamente por iniciativa de las distintas ramas de producción. Esa tendencia se basaba en la convicción de que las normas de carácter voluntario, al ser impulsadas por el mercado, eran económicamente más eficientes, su elaboración requería menos tiempo y se podían aplicar con más flexibilidad. Observó que cabía prever una excepción a esta tendencia en el caso de ciertos productos destinados al consumo que entrañaban riesgos para la salud y la seguridad o que podían caracterizarse por la asimetría de la información. También subrayó la necesidad de que las autoridades centrales y subcentrales coordinaran la labor de reglamentación entre sí y con entidades no gubernamentales, a fin de reforzar la calidad de los reglamentos permitiendo que participaran expertos en la materia.

En la *reunión del Comité OTC celebrada los días 22 y 23 de marzo de 2005*⁸⁰, la representante de Granada reiteró las dificultades con que se enfrentaban los países en desarrollo para participar en el trabajo de las instituciones internacionales con actividades de normalización, debido a que el alto costo de esa participación era un obstáculo potencial al comercio internacional en la medida en que dificultaba el reconocimiento de la evaluación de la conformidad. La representante instó al Comité OTC a encontrar una forma de solucionar esta cuestión porque, de hecho, para beneficiarse del sistema había que ser miembro de él. El representante de Antigua y Barbuda añadió que la norma de la ISO/CEI sobre la declaración de conformidad del proveedor parecía seguir el mismo camino que la norma ISO 9000: aunque supuestamente era voluntaria, las fuerzas del mercado hacían que de hecho fuera obligatoria.

En la *reunión del Comité OTC celebrada el 2 de noviembre de 2005*⁸¹, la representante de los Estados Unidos señaló que, en el Informe sobre el Comercio Mundial 2005 de la OMC, la expresión "normas" se utilizaba en sentido amplio para referirse a prescripciones voluntarias impulsadas por el mercado y a reglamentos gubernamentales. Los Estados Unidos expresaron su preocupación por el hecho de que el informe diera la impresión de que la OMC reconocía las normas elaboradas por la ISO y la CEI y les otorgaba una importancia primordial. Hizo hincapié en que, si bien el Acuerdo MSF reconocía tres órganos de normalización específicos, no existía una identificación análoga en el Acuerdo OTC.

2.2.3 Otros comités

La cuestión de las etiquetas ecológicas voluntarias también se ha tratado en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA); véase, por ejemplo, el documento presentado por Colombia el 9 de marzo de 1998 al CCMA y al Comité OTC⁸², en el que dicho país expresó la opinión de que algunos elementos de los planes/programas y criterios de etiquetado ecológico voluntario estaban abarcados por las disposiciones del Acuerdo OTC y el Código de Buena Conducta, incluidas las

⁷⁹ G/TBT/M/34, de 5 de enero de 2005, párrafos 124-127.

⁸⁰ G/TBT/M/35, de 24 de mayo de 2005, párrafos 49-52.

⁸¹ G/TBT/M/37, de 22 de diciembre de 2005, párrafo 148.

⁸² WT/CTE/W/76, de 9 de marzo de 1998.

relativas a la transparencia. Además, Colombia reiteró la importancia de aplicar el artículo 4 del Acuerdo OTC, que establece que los Miembros de la OMC tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. En este caso, no se tomó ninguna otra medida en respuesta a la cuestión planteada por Colombia.

2.3 Interpretaciones expuestas en la literatura

2.3.1 Interpretación del artículo 13 del Acuerdo MSF

Sobre la base del texto del artículo 13, Luff afirma que el Acuerdo MSF añade a lo prescrito por el párrafo 12 del artículo XXIV del GATT "que los Miembros hayan transferido responsabilidades específicas a las entidades no gubernamentales":

"En vertu de l'article 13 de l'Accord SPS, les mesures SPS visées sont celles que sont adoptées aussi bien par les gouvernements centraux des Membres que par les institutions régionales ou locales et les entités non-gouvernementales auxquelles les Membres ont confié des tâches de mise en œuvre d'une politique SPS.

Cette disposition reprend partiellement les termes de l'Article XXIV :12 du GATT. Pour rappel, cet article engage les Membres de l'OMC à prendre 'toutes les mesures raisonnables en [leur] pouvoir pour que sur [leur] territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observant le dispositions' [du GATT]. L'Accord SPS y ajoute la responsabilité du fait des entités non-gouvernementales auxquelles les Membres ont confié des responsabilités particulières."⁸³

El párrafo 12 del artículo XXIV del GATT de 1947 ("Aplicación territorial - Tráfico fronterizo - Uniones aduaneras y zonas de libre comercio") establece lo siguiente:

"Cada parte contratante deberá tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que, dentro de su territorio, los gobiernos y autoridades regionales y locales observen las disposiciones del presente Acuerdo."

Por consiguiente, el párrafo 12 del artículo XXIV parece constituir el origen del artículo 13 del Acuerdo MSF.

En el capítulo titulado "Repercusión del Acuerdo sobre las relaciones entre el Gobierno federal y los estados", Marsha A. Echols dice:

"Los exportadores a un sistema federal pueden encontrarse frente a varios niveles de prescripciones divergentes en los que, por ejemplo, las normas internacionales sean las menos rigurosas, las normas federales sean de nivel medio y las normas

⁸³ David Luff, *Le droit de l'OMC - Analyse critique*, Bruylant, 2004, página 269. Traducción al español: "De conformidad con el artículo 13 del Acuerdo MSF, las medidas sanitarias o fitosanitarias previstas son las que adoptan los gobiernos centrales de los Miembros, las instituciones regionales y locales y las entidades no gubernamentales a las que los Miembros han confiado tareas relacionadas con la creación de una política en materia de MSF. Esta disposición retoma en parte el texto del párrafo 12 del artículo XXIV del GATT. Recordemos que ese artículo obliga a los Miembros de la OMC a tomar 'las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que, dentro de su territorio, los gobiernos y autoridades regionales y locales observen las disposiciones del presente Acuerdo'. El Acuerdo MSF añade a estas prescripciones la responsabilidad de las entidades no gubernamentales a las que los Miembros han otorgado competencias específicas."

subfederales sean las más rigurosas. Mientras que el Código de Normas se aplicaba únicamente a las administraciones federales, las obligaciones del Acuerdo MSF (por ejemplo, fundamento científico, nivel limitado de armonización, definición de necesidad, utilización del nivel adecuado de protección, transparencia) se aplican al nivel subfederal cuando una medida local afecta al comercio internacional. Aunque los gobiernos estatales y locales -al igual que los gobiernos nacionales- tienen libertad para establecer el nivel de protección que consideren adecuado, el Acuerdo es aplicable a dichos gobiernos. (Como se establece en el Acuerdo MSF, los gobiernos nacionales son 'plenamente responsables' de la observancia del Acuerdo por los gobiernos subnacionales. Esto representa un cambio con respecto al GATT, que solamente exige 'medidas razonables' para garantizar la observancia del GATT por los gobiernos subfederales, por lo menos en el contexto de las uniones aduaneras (párrafo 12 del artículo XXIV). El Código de Normas empleaba la misma expresión de 'medidas razonables'. Véase por ejemplo el párrafo 1 del artículo 3 (relativo a la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones públicas locales).) Sin embargo, el Acuerdo MSF no obliga a los gobiernos federales a imponer normas internacionales a una institución de un gobierno subfederal y no contiene ninguna disposición que obligue a un gobierno estatal o local a aceptar o cumplir una medida sanitaria o fitosanitaria federal. Las medidas deben 'favorecer' la observancia del Acuerdo MSF por los gobiernos estatales y locales.

Además, debe tomar las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio y las instituciones regionales cumplan el Acuerdo y no debe adoptar medidas que favorezcan el incumplimiento del Acuerdo por parte de dichas entidades. Los Miembros sólo pueden recurrir para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del Acuerdo."⁸⁴

2.3.2 Aplicabilidad de los Acuerdos de la OMC a las normas privadas

Se ha dicho que "si bien el proceso de notificación en el marco del Acuerdo MSF ha aumentado la transparencia de las medidas oficiales de inocuidad alimentaria y sanidad agropecuaria, dicho proceso ha ido acompañado por la proliferación de normas privadas que quedan fuera del ámbito de la OMC".⁸⁵

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, las normas nacionales abarcadas por el Acuerdo MSF incluyen los reglamentos técnicos y sus procedimientos de evaluación de la conformidad, pero probablemente no las normas elaboradas por instituciones no gubernamentales.⁸⁶

Aunque gran parte de las preocupaciones acerca de la repercusión de las medidas sanitarias y fitosanitarias sobre el comercio se ha concentrado en las prescripciones oficiales obligatorias, cada vez se observa que las normas voluntarias también pueden entorpecer el comercio. En primer lugar, el cumplimiento de las normas voluntarias establecidas puede ser indispensable porque los

⁸⁴ Terence P. Stewart (editor), *The World Trade Organisation, The multilateral trade framework for the 21st century and U.S. implementing legislation*, Marsha A. Echols, *Sanitary and Phytosanitary measures*, página 208.

⁸⁵ Steven M. Jaffee y Spencer Henson, *Standards and Agro-Food Exports from Developing Countries: Rebalancing the Debate*, World Bank Policy Research Working Paper 3348, junio de 2004, página 9.

⁸⁶ Mc Govern, *International Trade Regulation*, párrafo 14.41.

consumidores exigen la compatibilidad con productos o servicios complementarios (por ejemplo, contenedores de plástico y hornos de microondas). En segundo lugar, las normas voluntarias pueden estar estrechamente relacionadas con las preferencias de los consumidores (por ejemplo, las marcas de seguridad, que para los consumidores son una garantía esencial de que el producto tiene una calidad mínima). En tercer lugar, las normas voluntarias pueden considerarse fundamentales para el cumplimiento de las normas obligatorias (por ejemplo, la norma ISO 9000 como un medio de satisfacer las prescripciones de la reglamentación sobre inocuidad alimentaria). Si dichas normas se aplican de una manera tan amplia que se convierten de hecho en obligatorias, en la práctica los proveedores extranjeros no tendrán más opción que cumplirlas.⁸⁷

En un documento reciente, el Banco Mundial ha estudiado el efecto adverso que pueden tener las normas tanto "públicas" como "privadas" sobre las exportaciones de alimentos de los países en desarrollo.⁸⁸ En el Informe sobre el Comercio Mundial 2005 de la OMC se dice que "*aun cuando no busquen el proteccionismo, [esas] normas ... pueden tener consecuencias discriminatorias para los interlocutores comerciales*".⁸⁹

2.3.3 Definición de "medida"

Bajo el epígrafe "Medidas", Mc Govern⁹⁰ dice lo siguiente:

"Los Acuerdos de la OMC emplean frecuentemente el término 'medida' para referirse a la conducta de la que los Miembros pueden ser considerados responsables en procedimientos de solución de diferencias. Esta práctica refuerza un concepto que parece implícito en la jurisprudencia de los grupos especiales y el Órgano de Apelación: que los principios comunes de responsabilidad se aplican en todo el sistema de normas de la OMC. El Órgano de Apelación ha dicho que una medida puede ser 'cualquier acto de un Miembro, legalmente vinculante o no, incluida la orientación administrativa no vinculante de un gobierno', así como una omisión o inacción por parte de un Miembro. De hecho, cualquier acto u omisión atribuible a un Miembro puede ser una 'medida'.⁹¹ El término designa no sólo las disposiciones normativas (es decir, las medidas de aplicación general), sino también actos ejecutivos como la imposición de aranceles, así como la aplicación práctica de las leyes por un Miembro."

⁸⁷ Spencer Henson, *Sanitary and phytosanitary measures in a global context: trade liberalization versus domestic protection*, en: *Negotiating the future of agricultural policies - Agricultural trade and the millennium WTO round* [2000], editado por Sanoussi Bilal y Pavlos Pezaros.

⁸⁸ Steven Jaffee y otros (2005), *Food Safety and Agricultural Health Standards: Challenges and Opportunities for Developing Country Exports*, Informe N° 31207, de 10 de enero de 2005, Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica y Departamento de Agricultura y Desarrollo Rural, Banco Mundial.

⁸⁹ Patrick Low y otros (2005), Informe sobre el Comercio Mundial 2005, parte II, *El comercio, las normas comerciales y la OMC*. Puede consultarse en: http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report05_s.pdf

⁹⁰ Mc Govern, *International Trade Regulation*, párrafo 1.1332; informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Cemento*, párrafo 69, nota 47.

⁹¹ Mc Govern, *International Trade Regulation*, párrafo 1.1332, donde se cita el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 81.

En el *WTO Dictionary of Trade Policy Terms* se define "medida" como sigue:

"Normally any law, rule, regulation, policy, practice or action carried out by government or on behalf of a government" (en líneas generales, cualquier ley, regla, reglamento, política, práctica o acto ejecutados por un gobierno o en su nombre).⁹²

2.3.4 Aplicación del Acuerdo OTC

Los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su Gobierno central con actividades de normalización⁹³ acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Tomarán medidas razonables para asegurar la misma respuesta por parte de sus gobiernos locales y de las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización, así como de las instituciones regionales con actividades de normalización de las que sean miembros ellos mismos o una o varias instituciones de su territorio. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones a actuar de manera incompatible con el Código. Estas obligaciones se aplicarán con independencia de que una institución con actividades de normalización haya aceptado o no el Código.

Las consecuencias jurídicas de la aceptación son indirectas. La OMC no ofrece ningún medio de incoar un procedimiento contra las instituciones que hayan actuado de manera incompatible con el Código y las únicas obligaciones de los Miembros de la OMC son las mencionadas anteriormente.

La posición de las instituciones no gubernamentales con respecto a los procedimientos de evaluación de la conformidad se rige por el artículo 8. La obligación de los Miembros de la OMC consiste esencialmente en tomar medidas razonables para asegurar el cumplimiento de las disposiciones básicas (con la excepción de las notificaciones y los procedimientos propuestos). Además, no deben imponer ni alentar una conducta incompatible con las normas.⁹⁴

2.4 Conclusiones

En conclusión, no hay jurisprudencia de la OMC en relación con las entidades no gubernamentales y el artículo 13 del Acuerdo MSF. Sin embargo, el informe de un grupo especial que no se refería a las instituciones no gubernamentales permite sacar algunas deducciones sobre la forma en que un grupo especial podría analizar una posible vulneración del Acuerdo MSF por una institución no gubernamental. En primer lugar, se remitiría al artículo 13 del Acuerdo MSF para determinar si hay "responsabilidad" de un Miembro de la OMC; luego, "examinando el caso a la luz del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF", establecería si la medida impugnada es una medida sanitaria o fitosanitaria y, por último, decidiría si se ha producido una infracción del Acuerdo MSF.

De conformidad con otra jurisprudencia de la OMC, es necesario que haya cierto grado de intervención del gobierno para que una medida pueda ser examinada a la luz de los Acuerdos de la OMC. Además, en la jurisprudencia relativa a las disposiciones del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias referentes a los actos de "encomendar" u "ordenar" se ha llegado a la

⁹² Walter Goode, *WTO Dictionary of Trade Policy Terms*, cuarta edición, [2003].

⁹³ No existe una definición de "institución con actividades de normalización". Sin embargo, cuando se utilicen en el Acuerdo, los términos presentados en la sexta edición de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, sobre términos generales y sus definiciones en relación con la normalización y las actividades conexas, tendrán el mismo significado que se les da en las definiciones recogidas en la mencionada Guía teniendo en cuenta que los servicios están excluidos del alcance del Acuerdo (Anexo 1 del Acuerdo OTC).

⁹⁴ Mc Govern, *International Trade Regulation*, párrafo 7.243.

conclusión de que el significado corriente de las palabras "encomiende" y "ordene" presupone una "acción explícita y afirmativa de delegación o de mando".

Otros datos interpretativos, como los trabajos preparatorios de los Acuerdos OTC y MSF o la labor de los correspondientes Comités de la OMC, no añaden demasiados elementos interpretativos sobre las actividades de las organizaciones no gubernamentales de elaboración de normas y las encargadas de su aplicación. La distinción entre instituciones privadas y entidades no gubernamentales parece ser una actividad crucial que quizá deba emprenderse a nivel de la OMC. En este contexto, la historia de la negociación del Acuerdo OTC revela que, en sus propuestas, las Comunidades Europeas pasaron de emplear el término "entidades privadas" al de "instituciones no gubernamentales".⁹⁵

De la historia de la negociación del Acuerdo MSF se desprende que ninguna persona ni país propuso que dicho Acuerdo se aplicara a las actividades de las organizaciones del sector privado.

Además, según la información con que contamos, hasta la fecha no se ha realizado ningún otro examen de esta cuestión con arreglo a las normas de la OMC en el marco del Comité MSF ni en la OMC en general, aparte de la nota reciente de la Secretaría de 24 de enero de 2007.⁹⁶

⁹⁵ Véanse las propuestas de la CEE de 7 de julio de 1988 (TBT/W/110) y de 27 de julio de 1989 (TBT/W/124).

⁹⁶ G/SPS/GEN/746, de 24 de enero de 2007.

Anexo 6

**O'CONNOR AND COMPANY
EUROPEAN LAWYERS**

Las normas privadas en el marco

multilateral de la OMC

Informe 3

por

Ignacio Carreño y Paolo R. Vergano

**O'CONNOR AND COMPANY
European Lawyers**

Rue de Spa, 30
B 1000 Bruselas, Bélgica
Teléfono: (32+2) 285 4685
Fax: (32+2) 285 4690

<u>Índice</u>	Página
Informe 3: Opciones jurídicas y posibles sugerencias o vías de acción para resolver la cuestión de las normas privadas y la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en el sistema de la OMC	
Introducción	101
1. ¿Cómo pueden los gobiernos imponer normas a las ONG?	103
1.1 Consideraciones sobre los sistemas constitucionales de los Miembros de la OMC y el efecto directo de las normas de la OMC	103
1.2 La legislación sobre la competencia como instrumento interno.....	106
2. Orientaciones interpretativas	107
3. Otras soluciones posibles	108
4. Solución de diferencias	109
5. Creación de un comité <i>ad hoc</i>	109
6. Enmienda formal de los Acuerdos	110

Informe 3

"Opciones jurídicas y posibles sugerencias o vías de acción para revolver la cuestión de las normas privadas y la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en el sistema de la OMC"

Introducción

La conclusión general de los informes 1 y 2 es que el Acuerdo MSF no da a sus intérpretes una definición de instituciones no gubernamentales. Tampoco hay jurisprudencia acerca de esta denominación en el marco del Acuerdo MSF.

Pueden seguirse dos líneas de argumentación. La primera consiste en alegar que, para que una institución no gubernamental esté sujeta al Acuerdo MSF, es necesario cierto grado de intervención del gobierno. Con arreglo a la segunda línea de argumentación, una institución no gubernamental no tiene que contar con la intervención del gobierno para quedar comprendida en el ámbito del Acuerdo MSF. Según ambos enfoques argumentales, hay que tener en cuenta que una institución no gubernamental no es necesariamente lo mismo que una institución privada.

Para definir institución no gubernamental, podría ser útil contraponer ese nombre al de "institución gubernamental". Una institución gubernamental sería cualquier entidad legalmente habilitada para hacer respetar reglamentos (es decir, leyes, decretos u órdenes). El aspecto esencial en este caso es que la facultad de la entidad se deriva de la ley. La forma y naturaleza de las medidas de observancia (adopción de legislación secundaria, aplicación de procedimientos jurídicos, etc.) no afectan a la cuestión de si la medida ha sido adoptada por una institución gubernamental, siempre que, en cada caso específico, la institución en cuestión actúe dentro de los límites de las facultades que le han sido delegadas.

En circunstancias normales, una institución no gubernamental no estaría habilitada para hacer respetar reglamentos, a menos que hubiera sido facultada explícitamente para ello por una institución gubernamental. Por consiguiente, una institución no gubernamental parece ser cualquier entidad jurídica reconocida como tal por la legislación nacional de un Miembro de la OMC.

Podría aducirse que, con arreglo al Acuerdo MSF, una institución no gubernamental sólo puede ser una institución legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico. Esta conclusión se basa en la definición de institución no gubernamental que figura en el párrafo 8 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, que establece que una institución no gubernamental es una "institución que no sea del Gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico".

Esta disposición plantea dos preguntas principales:

- 1) ¿Qué alcance tiene la designación "institución no gubernamental" según el Acuerdo OTC?
- 2) ¿Puede la definición proporcionada en el Acuerdo OTC aplicarse por analogía al Acuerdo MSF?

De la interpretación literal de la disposición, puede concluirse que una institución no gubernamental es cualquier entidad que no sea del Gobierno central ni una institución pública local. La disposición incluye a las entidades legalmente habilitadas para hacer respetar reglamentos. Las demás instituciones, que no están habilitadas legalmente, también parecen caer en el ámbito de la

definición. No hay duda de que la definición de institución no gubernamental abarca también las instituciones legalmente habilitadas para hacer respetar reglamentos (por una institución del Gobierno central o regional, no por la ley), puesto que la disposición establece expresamente que caen en el ámbito de la definición ("con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico").

Puede defenderse un enfoque diferente tomando como base el AGCS, aunque este Acuerdo no proporciona una definición de institución no gubernamental. No obstante, al determinar su alcance, el AGCS dispone que se considerará que las medidas han sido adoptadas por Miembros de la OMC cuando han sido adoptadas por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales (es decir, instituciones legalmente habilitadas para hacer respetar reglamentos) o por instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales. Por consiguiente, no todas las medidas adoptadas por cualquier institución no gubernamental caen en el ámbito del AGCS. Tienen que haber sido adoptadas por una institución en la que se han delegado facultades específicas.

La cuestión es si el enfoque del AGCS puede aplicarse por analogía a los demás Acuerdos de la OMC (y, específicamente, a los Acuerdos OTC y MSF). ¿O debería hacerse un argumento "*a contrario*" para llegar a la conclusión de que los Acuerdos OTC y MSF comportan una definición más amplia de la denominación "institución no gubernamental" y no la limitan a las instituciones que actúan en ejercicio de facultades delegadas?

Parece haber buenos argumentos para defender el segundo enfoque ("*a contrario*"). Si las Partes hubieran querido hacer más "restrictivo" el alcance del concepto lo habrían indicado explícitamente. Como ya se ha dicho, el Acuerdo OTC contiene una definición muy amplia de institución no gubernamental. El Acuerdo MSF no proporciona una definición y puede concluirse que la denominación debería definirse de conformidad con su significado corriente, que abarcaría todas las entidades legales distintas de las instituciones gubernamentales. Sin embargo, de la historia de la negociación del Acuerdo MSF se desprende que no se había previsto en modo alguno que el Acuerdo MSF fuera a ser aplicado por los gobiernos de los Miembros de la OMC para poner límites a las prácticas de las instituciones privadas.

Por consiguiente, parece que, después de analizar el significado literal de las disposiciones, estudiar la jurisprudencia y considerar la historia de la negociación, la cuestión de cómo definir una entidad no gubernamental en el marco del Acuerdo MSF no ha sido resuelta. En este tercer informe, que se basa en los dos informes jurídicos anteriores y en el trabajo del consultor principal (como se trató en la reunión de coordinación celebrada el 5 de febrero de 2007 en Bruselas, Bélgica), se presentan y analizan las opciones jurídicas pertinentes y las posibles sugerencias o vías de acción (en su caso) para tratar la cuestión de las normas privadas y la posición que las normas de las instituciones no gubernamentales ocupan en el sistema de la OMC y, en especial, los Acuerdos MSF y OTC.

En la primera parte del informe se examina cómo los gobiernos pueden imponer normas a las organizaciones no gubernamentales. Se abordan los sistemas constitucionales de los Miembros de la OMC y los efectos directos de las normas de la OMC y se estudia si la legislación sobre la competencia podría servir como instrumento interno para resolver el problema. En la segunda parte se trata la opción de una orientación interpretativa y en la tercera parte del informe se proponen enfoques plurilaterales para resolver la cuestión. Por último, la cuarta parte se refiere a la solución de diferencias, la quinta parte a la creación de un comité *ad hoc* para tratar las cuestiones relacionadas con las ONG y la sexta a la enmienda formal de los Acuerdos.

1. ¿Cómo pueden los gobiernos imponer normas a las ONG?

1.1 Consideraciones sobre los sistemas constitucionales de los Miembros de la OMC y el efecto directo de las normas de la OMC

La idea de que los Acuerdos de la OMC puedan "imponer" directrices o criterios de trabajo a las entidades privadas parece ser un supuesto trascendental y controvertido. La pregunta en tal caso sería ¿qué relación guardarían con los sistemas constitucionales de los Miembros de la OMC? Con arreglo a los sistemas constitucionales de la mayor parte de los Miembros de la OMC, los Acuerdos de la OMC no tienen efectos directos.

Algunas normas de la OMC (en particular los Acuerdos sobre los ADPIC, MSF y OTC) establecen con detalle derechos individuales y obligaciones públicas, aunque eso no significa necesariamente que las normas de la OMC sean directamente aplicables.⁹⁷ Para imponer disposiciones de la normativa de la OMC a entidades privadas sin intervención pública o del gobierno por parte del Miembro de la OMC que tenga jurisdicción sobre esas entidades privadas sería necesario que las normas de la OMC surtieran efecto directo.

¿Qué significa "efecto directo"? En la Comunidad Europea, "efecto directo" o "aplicabilidad directa" significa que una disposición comunitaria *"no sólo impone obligaciones a los particulares, sino que tiene por objeto conferirles derechos que pasan a formar parte de su patrimonio jurídico"*. Eso es lo que suele ocurrir si una disposición contiene una *"obligación clara e incondicional"*.⁹⁸

Los Acuerdos de la OMC no se pronuncian sobre la cuestión de si sus normas deberían tener un efecto directo, y es competencia de CADA Miembro decidir cómo incorporar la normativa de la OMC a su ordenamiento jurídico interno.⁹⁹ Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han mantenido invariablemente esta posición en sus informes, afirmando que *"[n]i las normas del GATT ni las normas de la OMC han sido interpretadas hasta la fecha por las instituciones del GATT y de la OMC como un ordenamiento jurídico que surta efectos directos"*.¹⁰⁰ En tales circunstancias, la legislación directamente aplicable prevalece sobre la legislación nacional, lo que significa que dichas disposiciones "no sólo hacen automáticamente inaplicable cualquier disposición contraria de la legislación nacional en vigor, sino que ... también impiden la adopción de nuevas medidas legislativas nacionales".¹⁰¹

En la diferencia *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, el Grupo Especial observó que el GATT y la OMC no han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales:

⁹⁷ Véase, por ejemplo: Markus Krajewski, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO law*, *Journal of World Trade* 35(1), páginas 167-186 [2001].

⁹⁸ Cita tomada del asunto 26/62 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Van Gend & Loos* [1963], ECR, 1 (11-12).

⁹⁹ Alberto Alemanno, *Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions?*, *Harvard International Law Journal*, volumen 45, N° 2, verano de 2004.

¹⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, de 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.72.

¹⁰¹ TJCE, asunto 106/77, *Simmenthal* [1978], ECR [629], párrafo 17.

*"Conforme a la doctrina del efecto directo, que se ha constatado que existe en particular en el ordenamiento jurídico de las CE pero también en ciertos acuerdos de libre comercio, las obligaciones impuestas a los Estados se interpretan en el sentido de que crean derechos y obligaciones jurídicamente exigibles para los particulares. Ni las normas del GATT ni las normas de la OMC han sido interpretadas hasta la fecha por las instituciones del GATT y de la OMC como un ordenamiento jurídico que surta efectos directos.[661] Con arreglo a este enfoque, el GATT y la OMC no han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales."*¹⁰²

Nota 661: *"Hacemos esta afirmación como constatación de un hecho, sin emitir juicio alguno al respecto. Señalamos que la cuestión de si hay circunstancias en que las obligaciones impuestas a los Miembros por cualquiera de los Acuerdos de la OMC confieran a los particulares unos derechos que hayan de ser protegidos por los tribunales nacionales continúa siendo una cuestión controvertida, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones consiguientes a la conclusión de los procedimientos del ESD en una diferencia concreta."*¹⁰³ *El hecho de que las instituciones de la OMC no hayan interpretado hasta la fecha ninguna obligación en el sentido de que surte efectos directos no impide necesariamente que en el ordenamiento jurídico de cualquier Miembro dado, siguiendo sus principios constitucionales internos, se estime que algunas obligaciones confieren derechos a los particulares. Nuestra constatación de hecho no prejuzga ninguna decisión de los tribunales nacionales sobre esta cuestión."*

Por consiguiente, en principio los Miembros de la OMC tienen libertad para decidir si los Acuerdos de la OMC han de surtir efectos directos en su jurisdicción. Por ello, como resultado de la Ronda Uruguay, la CE y los Estados Unidos impidieron que se invocaran las normas de la OMC ante los tribunales nacionales negándoles expresamente todo efecto directo en sus respectivas leyes de ratificación.

En la Comunidad Europea, la Decisión del Consejo N° 94/800/CE, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay¹⁰⁴, establece lo siguiente:

"Considerando que por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros [...]"

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) históricamente ha demostrado mayor disposición a pronunciarse al respecto cuando consideró si había que reconocer o no el efecto directo de esas normas en el ordenamiento jurídico de las CE. La jurisprudencia temprana del TJCE en la que se rechazaba el efecto directo de las normas del GATT se basó principalmente en dos argumentos: 1) el GATT debía considerarse un instrumento comercial/diplomático, más que judicial;

¹⁰² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, de 22 de septiembre de 1999, párrafo 7.72.

¹⁰³ Véase Eeckhout, P., *The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems*, *Common Market Law Review*, 1997, página 11; Berkey, J., *The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, *European Journal of International Law*, 1998, página 626.

¹⁰⁴ Diario Oficial de la Unión Europea, L 336, 23/12/1994, página 1.

y 2) un acuerdo flexible e impreciso no podía conferir derechos comunitarios que los ciudadanos pudieran invocar ante los tribunales nacionales.¹⁰⁵ Después del establecimiento de la OMC, el TJCE reevaluó sus argumentos anteriores a la luz de la existencia de la nueva Organización, más orientada hacia las normas. Sin embargo, teniendo en cuenta preocupaciones por la falta de reciprocidad, confirmó su jurisprudencia anterior por la que se rechazaba el efecto directo.¹⁰⁶

De conformidad con el "argumento de la reciprocidad", los tribunales de la CE han constatado que ninguno de los principales interlocutores comerciales de la CE ha dado efecto directo a las normas de la OMC. Por ese motivo, los tribunales denegaron un efecto directo a dichas normas. En su sentencia de 23 de noviembre de 1999 en el asunto *República Portuguesa contra Consejo de la Unión Europea*¹⁰⁷, el TJCE resolvió lo siguiente:

*"En lo que atañe, más concretamente, a la aplicación de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico comunitario, es importante señalar que, a tenor del preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC, este Acuerdo, incluidos sus Anexos, sigue estando basado, como lo estuvo el GATT de 1947, en el principio de negociaciones llevadas a cabo 'sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas', y se distingue así, en lo que atañe a la Comunidad, de aquellos acuerdos celebrados por ésta con países terceros que establecen cierta asimetría de las obligaciones o crean relaciones especiales de integración con la Comunidad, tales como el Acuerdo cuya interpretación fue objeto de la sentencia Kupferberg."*¹⁰⁸

Por lo general se considera que reconociendo el efecto directo o la existencia de derechos para los particulares se menoscaba la capacidad de los Miembros de la OMC de defender sus intereses nacionales atentando contra la flexibilidad en que se basa el conjunto del sistema multilateral de comercio.¹⁰⁹

Por otro lado, consta que algunas de las partes contratantes, que desde el punto de vista comercial se incluyen entre los socios más importantes de la Comunidad, llegaron a la conclusión, a la luz del objeto y de la finalidad de los Acuerdos de la OMC, de que tales Acuerdos no se incluyen entre las normas con respecto a las cuales los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de sus normas jurídicas internas.

Es cierto que la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales de una de las partes estimen que determinadas estipulaciones de un acuerdo celebrado por la Comunidad son directamente aplicables, mientras que los órganos jurisdiccionales de la otra parte no admitan esta aplicabilidad

¹⁰⁵ TJCE, asunto C-21/72, *International Fruit Co. contra Produktschap voor Groenten en Fruit*, [1972] ECR [1219], 1224.

¹⁰⁶ TJCE, asunto C-149/96, *República Portuguesa contra Consejo de la Unión Europea*, ECR [1999] I-8395.

¹⁰⁷ TJCE, asunto C-149/96, ECR [1999], página I-8395.

¹⁰⁸ Sentencia del TJCE de 26 de octubre de 1982, *Hauptzollamt Mainz contra C.A. Kupferberg & Cie KG a.A. Petición de decisión prejudicial: Bundesfinanzhof - Alemania*, asunto C-104/81, ECR [1982], página 3641.

¹⁰⁹ Alberto Alemanno, *Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions?* Harvard International Law Journal, volumen 45, N° 2, verano de 2004.

directa, no constituye, en sí misma y por sí sola, una falta de reciprocidad en la aplicación del acuerdo.¹¹⁰

No obstante, la falta de reciprocidad a este respecto, por parte de terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad, en relación con los Acuerdos de la OMC, que se basan en el principio de "reciprocidad y mutuas ventajas" y que se distinguen, por ello, de los Acuerdos celebrados por la Comunidad mencionados en el apartado 42 de la presente sentencia, entraña el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC.¹¹¹

Se está debatiendo si las normas de la OMC son directamente aplicables en algunos países asiáticos como China.¹¹²

1.2. La legislación sobre la competencia como instrumento interno

En este caso la cuestión es si el asunto que nos ocupa debe analizarse y debatirse exclusivamente en el marco de la OMC o si hay otros instrumentos jurídicos nacionales o internacionales que permitan abordar el problema de las normas privadas y la posición que ocupan las normas de las entidades no gubernamentales. Creemos que la legislación sobre la competencia (legislación antitrust) puede representar un instrumento interno de este tipo y ya ha sido mencionada como una posible opción.

En el documento de consulta de la Comisión Europea de 18 de mayo de 2006 sobre una posible reforma de la organización del mercado común de los sectores de las frutas y legumbres y hortalizas frescas y elaboradas¹¹³, se afirma lo siguiente:

"La tendencia a la concentración en la industria agroalimentaria es cada vez mayor, especialmente en la venta al por menor en gran escala. El número de cadenas de supermercados está disminuyendo, con el consiguiente incremento de su poder adquisitivo en el mercado y de su capacidad de ejercer influencia en la cadena de la oferta. Por ser capaces de adquirir enormes volúmenes a precios muy competitivos, están ahora en condiciones de imponer especificaciones cuyo costo a menudo recae sobre el productor."

En relación con la pregunta "¿por qué se aplican normas sobre calidad e inocuidad de los alimentos?", el informe del Banco Mundial sobre "Normas de inocuidad alimentaria y sanidad agropecuaria"¹¹⁴ se llega a la siguiente conclusión:

¹¹⁰ Kupferberg, párrafo 18.

¹¹¹ TJCE, asunto C-149/96, ECR [1999], página I-8395, párrafos 42-45.

¹¹² Véase el artículo de Qingjiang Kong, Enforcement of WTO Agreements in China - Illusion or Reality?, Journal of World Trade (2001), páginas 1181-1214.

¹¹³ Documento de consulta de la Comisión Europea sobre evaluación del impacto, de 18 de mayo de 2006, "Towards a reform of the common market organisation for the fresh and processed fruit and vegetable sectors".

¹¹⁴ S. Jaffee y otros (2005), "Food Safety and Agricultural Health Standards: Challenges and Opportunities for Developing Country Exports", Informe N° 31207, de 10 de enero de 2005, Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica y Departamento de Agricultura y Desarrollo Rural, Banco Mundial, capítulo 1, página 9. Puede consultarse en http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/01/25/000160016_20050125093841/Rendered/PDF/31207.pdf.

"Las normas privadas son aplicadas de manera individual o colectiva por empresas y otras entidades. Dichas normas evolucionan por razones muy variadas. Frecuentemente se formulan para aumentar la eficiencia económica, facilitando la comunicación entre compradores y vendedores o garantizando la compatibilidad de los componentes de los productos o de los productos que se consumen conjuntamente. También pueden ser la base de las estrategias de competencia de las empresas, un medio de comunicarse con los consumidores y mejorar su reputación. Las señales del mercado son suficientes por sí solas para impulsar la adopción de normas privadas. La función del gobierno es asegurar que dichas normas no constituyan prácticas anticompetitivas o las encubran."

En su nota de 27 de enero de 2007, "Las normas privadas y el Acuerdo MSF"¹¹⁵, la Secretaría de la OMC también ha hecho hincapié en que la consolidación del comercio minorista de la alimentación es un factor esencial que se ha de tener en cuenta y en que, cuando un pequeño número de minoristas de la alimentación representa una fuerte proporción de las ventas de productos alimenticios, se reducen considerablemente las opciones de los proveedores que no participan en un sistema individual o colectivo de normas aplicables a los minoristas:

"Las normas privadas no son obligatorias. Los proveedores no están obligados por ley a acatarlas. Para el proveedor, su cumplimiento es facultativo. Sin embargo, cuando en determinado sector se impone la normativa privada, el margen de opción es limitado. En este contexto puede ser esencial tener en cuenta la consolidación del comercio minorista de la alimentación. Cuando un pequeño número de minoristas de la alimentación representa una fuerte proporción de las ventas de productos alimenticios, se reducen considerablemente las opciones de los proveedores que no participan en un sistema individual o colectivo de normas aplicables a los minoristas. Además, el sistema de minoristas puede ser aplicado de facto como norma del sector por todos los actores de la cadena de suministro. En tal caso, elegir si se acata o no una norma voluntaria equivale a elegir entre cumplir la norma o quedar fuera del mercado. De esta forma, la distinción entre normas privadas voluntarias y prescripciones 'oficiales' o 'públicas' puede desdibujarse."

Junto a la concentración de algunos mercados minoristas, que se produce por ejemplo en los Estados miembros de la Comunidad Europea, las normas privadas parecen plantear un problema de competencia interna (por ejemplo, el abuso de posición dominante o la colusión entre minoristas) que quizá convenga estudiar y analizar con más detenimiento como posible modo de progresar.

2. Orientaciones interpretativas

La cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales también podría abordarse pidiendo orientaciones interpretativas, por ejemplo en forma de una decisión *ad hoc* en el marco del sistema de la OMC y, en particular, de los Acuerdos MSF y OTC.

Una decisión de este tipo del Comité MSF, por ejemplo, serviría de orientación para interpretar el artículo 13 del Acuerdo MSF. También podrían definirse términos como "medidas", "medidas aplicadas" y "entidad no gubernamental" en el sentido del Acuerdo MSF. Asimismo, dicha decisión podría servir de orientación acerca del nivel de intervención gubernamental que es necesario o de los parámetros que han de emplearse para que una medida con arreglo al Acuerdo MSF pueda definirse como "gubernamental".

¹¹⁵ G/SPS/GEN/746, de 24 de enero de 2007.

Aunque se trata de un enfoque que es teóricamente posible y que quizá haya que alentar, parece que en la práctica será difícil debatir y adoptar una decisión *ad hoc* de este tipo, debido a lo difícil que será poner en marcha los mecanismos de procedimiento necesarios en el sistema de la OMC, a la complejidad de las deliberaciones y las negociaciones, a la previsible falta de acuerdo entre los Miembros de la OMC acerca de la necesidad de dar ese paso y a la probable oposición de poderosos grupos de presión a tal iniciativa.

3. Otras soluciones posibles

En el sistema de la OMC puede haber otras opciones para tratar la cuestión de las normas privadas de instituciones no gubernamentales. En el sistema de la OMC hay ejemplos útiles en referencias de los textos del AGCS, el Anexo sobre Telecomunicaciones y el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición.

El párrafo 5 del artículo VII del AGCS establece que:

*"... los Miembros **trabajarán en colaboración** con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales competentes con miras al establecimiento y adopción de normas y criterios internacionales comunes en materia de reconocimiento y normas internacionales comunes para el ejercicio de las actividades y profesiones pertinentes en la esfera de los servicios".* [sin negritas en el original]

En el párrafo 7 del Anexo sobre Telecomunicaciones se dispone que los Miembros de la OMC consultarán a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre cuestiones derivadas de la aplicación del Anexo:

*"Los Miembros reconocen la función que desempeñan las organizaciones y los acuerdos intergubernamentales y no gubernamentales para el logro del funcionamiento eficiente de los servicios nacionales y mundiales de telecomunicaciones, en particular la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Cuando proceda, los Miembros adoptarán las disposiciones adecuadas para la **celebración de consultas con esas organizaciones** sobre cuestiones derivadas de la aplicación del presente Anexo."* [sin negritas en el original]

El Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición también contempla una función para las ONG y en su artículo 4 estipula el establecimiento de una "entidad independiente" encargada de administrar el proceso de arbitraje vinculante entre los exportadores y las entidades de inspección. En 1995 la OMC estableció esa entidad independiente gracias a un acuerdo con la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Federación Internacional de Organismos de Inspección (FIOI). Además, esas dos ONG han ayudado a la OMC en su labor operacional sobre inspección previa a la expedición. Por ejemplo, en 1998 el Grupo de Trabajo de la OMC sobre Inspección Previa a la Expedición celebró reuniones informales con las organizaciones internacionales competentes, la FIOI y la CCI.¹¹⁶

Estos ejemplos indican medidas que podrían adoptarse para crear un foro institucionalizado para el debate en la OMC sobre la cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales y su relación con el comercio. Obviamente, para que ello ocurriera, los Miembros de la OMC deberían ponerse de acuerdo sobre el texto que habría que añadir al Acuerdo MSF y/o al

¹¹⁶ Steve Charnovitz, Trade Law and Governance, Cameron May [2002], capítulo 16, Opening the WTO to nongovernmental interests, páginas 495 y 503.

Acuerdo OTC (en forma de enmienda o mediante un instrumento jurídico independiente). Como se ha visto en la sección anterior, esta opción parece posible pero probablemente no sea realista.

Una opción similar podría consistir en tratar de llegar a un acuerdo sobre la cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales y su relación con el comercio en un grupo escogido de Miembros de la OMC, que redactarían, adoptarían y se comprometerían a respetar determinadas obligaciones *ad hoc* por medio de un "instrumento plurilateral". Un ejemplo de una iniciativa plurilateral de este tipo en el sistema de la OMC es el *Documento de referencia sobre las telecomunicaciones*. Este instrumento jurídico brindaría la oportunidad de regular algunos aspectos fundamentales de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales sin imponerlas a todos los Miembros de la OMC, pero permitiéndoles adoptar voluntariamente esos compromisos adicionales. También en este caso la viabilidad práctica de este enfoque parece escasa.

4. Solución de diferencias

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC también podría considerarse una opción jurídica posible con la que abordar la cuestión de las normas privadas. Aunque esto no sea muy probable, un país en desarrollo podría iniciar un procedimiento de solución de diferencias contra otro Miembro de la OMC en relación con una norma privada que presumiblemente no tuviera una justificación científica, que fuera utilizada ampliamente por varios minoristas y que constituyera una condición *de facto* para el acceso a los mercados de ese Miembro de la OMC.

Esta opción jurídica no parece una solución sencilla ni eficaz. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es oneroso, es delicado desde el punto de vista político y a menudo no puede dar los resultados esperados. En cualquier caso, un problema interesante con que se enfrentaría un hipotético reclamante es de qué manera interpretaría un grupo especial de la OMC la obligación de basar las medidas en principios científicos *a la luz del* artículo 13 del Acuerdo MSF.

En el asunto *Australia - Salmón*, el Grupo Especial mencionó el artículo 13 para respaldar la constatación de que la medida de Tasmania estaba sujeta al Acuerdo MSF y era responsabilidad de Australia.¹¹⁷ Aunque el informe del Grupo Especial no se refería a las instituciones no gubernamentales, permite sacar algunas conclusiones sobre la forma en que un grupo especial podría analizar una posible vulneración del Acuerdo MSF por una institución no gubernamental.

En primer lugar, el grupo especial examinaría el artículo 13 del Acuerdo MSF para determinar si un Miembro de la OMC es "responsable"; luego, "considerando el caso a la luz del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF", establecería si la medida impugnada es una medida sanitaria o fitosanitaria y, por último, decidiría si se ha producido una infracción específica del Acuerdo MSF, por ejemplo de la obligación de basar las medidas en principios científicos. Por las razones expuestas en los informes 1 y 2, este proceso jurídico parece una opción muy compleja y difícil que un reclamante dudaría en usar cuando se tratase de normas privadas o de instituciones no gubernamentales y su relación con el comercio.

5. Creación de un comité *ad hoc*

Para tratar la cuestión de las normas de instituciones no gubernamentales (y otras cuestiones relativas a las ONG) podría establecerse un comité especializado en el sistema de la OMC.

En el párrafo 2 del artículo V ("Relaciones con otras organizaciones") del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Carta de la OMC") se sugieren determinadas formas de relación con las ONG:

¹¹⁷ WT/DS18/RW, de 18 de febrero de 2000, párrafo 7.162.

"El Consejo General podrá adoptar disposiciones apropiadas para la celebración de consultas y la cooperación con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de cuestiones afines a las de la OMC."

En estudios sobre este tema también aparece la sugerencia de crear un "grupo directivo" o un "Comité de Asesoramiento Económico y Social"¹¹⁸:

*"La OMC es considerada una organización 'de gobierno a gobierno'. Eso implica que las ONG no tienen ninguna función en ella. Un grupo directivo, un grupo pequeño de algún tipo en la organización puede ayudar al Director General. La OMC está muy rezagada en su forma de tratar a las ONG con respecto a la mayor parte de las organizaciones internacionales. Otras organizaciones tienen métodos muy elaborados de acreditación de las ONG, por ejemplo las Naciones Unidas, la OIT y la OMPI."*¹¹⁹

En relación con esta opción, resulta difícil imaginar que se pueda identificar y organizar una ONG para que se haga eco del descontento de los comerciantes de los países en desarrollo en relación con las normas privadas o de instituciones no gubernamentales. Además, los grupos de presión que tienen intereses y programas opuestos probablemente trabajarían para establecer ONG similares para hacer oír su voz discrepante en el debate.

6. Enmienda formal de los Acuerdos

Una enmienda formal de uno o más de los Acuerdos abarcados (MSF, OTC) podría ser otra forma de abordar la cuestión de las normas privadas y la posición de las normas de las instituciones no gubernamentales en el sistema de la OMC.

El artículo X del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Carta de la OMC") se refiere al procedimiento de enmienda de, por ejemplo, los Acuerdos MSF y OTC, contenidos en el Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la OMC:

"1. Todo Miembro de la OMC podrá promover una propuesta de enmienda de las disposiciones del presente Acuerdo o de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del Anexo 1 presentándola a la Conferencia Ministerial. Los Consejos enumerados en el párrafo 5 del artículo IV podrán también presentar a la Conferencia Ministerial propuestas de enmienda de las disposiciones de los correspondientes Acuerdos Comerciales Multilaterales del Anexo 1 cuyo funcionamiento supervisen. Salvo que la Conferencia Ministerial decida un período más extenso, durante un período de 90 días contados a partir de la presentación formal de la propuesta en la Conferencia Ministerial toda decisión de la Conferencia Ministerial de someter a la aceptación de los Miembros la enmienda propuesta se adoptará por consenso. A menos que sean aplicables las disposiciones de los párrafos 2, 5 ó 6, en esa decisión se especificará si se aplicarán las disposiciones de los párrafos 3 ó 4. Si se llega a un consenso, la Conferencia Ministerial someterá de inmediato a la aceptación de los Miembros la enmienda propuesta. De no llegarse a un consenso en una reunión celebrada por la Conferencia Ministerial dentro del período establecido, la Conferencia Ministerial decidirá por mayoría de dos tercios de los Miembros si

¹¹⁸ Julio A. Lacarte, Transparency, Public Debate and Participation by NGOs in the WTO, Journal of International Economic Law 7(3), 683-686 [2003].

¹¹⁹ John H. Jackson, The WTO "Constitution" and Proposed Reforms, Journal of International Economic Law 2001, 67 (75-77).

someterá o no a la aceptación de los Miembros la enmienda propuesta. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2, 5 y 6, serán aplicables a la enmienda propuesta las disposiciones del párrafo 3, a menos que la Conferencia Ministerial decida por mayoría de tres cuartos de los Miembros que se aplicarán las disposiciones del párrafo 4.

2. Las enmiendas de las disposiciones del presente artículo y de las disposiciones de los artículos que se enumeran a continuación surtirán efecto únicamente tras su aceptación por todos los Miembros:

Artículo IX del presente Acuerdo;

Artículos I y II del GATT de 1994;

Artículo II, párrafo 1, del AGCS;

Artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3. Las enmiendas de las disposiciones del presente Acuerdo o de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de los Anexos 1A y 1C no comprendidas entre las enumeradas en los párrafos 2 y 6, que por su naturaleza puedan alterar los derechos y obligaciones de los Miembros, surtirán efecto para los Miembros que las hayan aceptado tras su aceptación por dos tercios de los Miembros, y después, para cada uno de los demás Miembros, tras su aceptación por él. La Conferencia Ministerial podrá decidir, por mayoría de tres cuartos de los Miembros, que una enmienda hecha efectiva en virtud del presente párrafo es de tal naturaleza que todo Miembro que no la haya aceptado dentro del plazo fijado en cada caso por la Conferencia Ministerial podrá retirarse de la OMC o seguir siendo Miembro con el consentimiento de la Conferencia Ministerial.

4. Las enmiendas de las disposiciones del presente Acuerdo o de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de los Anexos 1A y 1C no comprendidas entre las enumeradas en los párrafos 2 y 6, que por su naturaleza no puedan alterar los derechos y obligaciones de los Miembros, surtirán efecto para todos los Miembros tras su aceptación por dos tercios de éstos.

[...]

7. Todo Miembro que acepte una enmienda del presente Acuerdo o de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1 depositará un instrumento de aceptación en poder del Director General de la OMC dentro del plazo de aceptación fijado por la Conferencia Ministerial.

[...]"

En esencia, una propuesta de enmienda de los Acuerdos de la OMC como los Acuerdos MSF o el Acuerdo OTC tendría que ser presentada a la Conferencia Ministerial de la OMC, que luego transmitiría la enmienda propuesta a los Miembros de la OMC para su examen y posible aceptación. El artículo X de la Carta de la OMC establece las mayorías necesarias para una enmienda formal. En la práctica, el procedimiento que habría que seguir y las mayorías que habría que conseguir indican claramente que sería particularmente difícil introducir enmiendas a los Acuerdos de la OMC.
