



16 de febrero de 2018

(18-1023)

Página: 1/4

Consejo General
Consejo del Comercio de Mercancías
Consejo del Comercio de Servicios
Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad
Intelectual relacionados con el Comercio
Comité de Comercio y Desarrollo

Original: inglés

PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

ELIMINACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS AL COMERCIO EN EL CIBERESPACIO: HACIA UN ENTORNO DE COMERCIO DIGITAL CON ACCESO RECÍPROCO E IGUAL

*Documento no oficial del Territorio Aduanero Distinto
de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu*

El siguiente documento no oficial, de fecha 15 de febrero de 2018, se distribuye a petición de la delegación del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu.

1 INTRODUCCIÓN

1.1. Las ventajas que aporta Internet al comercio internacional son ya ampliamente reconocidas tanto por los operadores tradicionales del comercio internacional como por las nuevas empresas que operan por Internet, que se benefician de ellas. Los proveedores y los consumidores pueden encontrarse hoy libre y fácilmente en el ciberespacio, a través de grandes distancias geográficas y fronteras políticas y estatales estrictas. Internet reduce sus costos de comercialización, transacción y administración. Los sistemas electrónicos agilizan el proceso de pedidos.

1.2. Varios estudios de investigación indican que los países en desarrollo sin litoral y las pequeñas y medianas empresas (pymes) se están beneficiando más de la disponibilidad de Internet que los países desarrollados y las grandes empresas multinacionales, principalmente porque Internet les ha permitido conectar con clientes extranjeros a los que antes era imposible o demasiado caro acceder.

1.3. Por otro lado, también se acepta ampliamente que el ciberespacio no debería quedar al margen de la ley. Las normas que rigen las actividades fuera de línea deberían aplicarse de igual modo a las actividades en línea. La reglamentación pública de las actividades en el ciberespacio, impulsada por diversos objetivos de política, pueden adoptar varias formas. Uno de los instrumentos que suele utilizarse es la intervención en las corrientes de datos. Por ejemplo, la localización obligatoria de los datos exige el almacenamiento de la información de identificación personal (PII) en servidores nacionales, al tiempo que se protege la privacidad de los propietarios de los datos y se preserva el acceso de las autoridades nacionales a esos datos. Los Gobiernos también pueden intervenir en el tráfico de Internet, directamente o con ayuda de los proveedores de servicios de Internet, para filtrar las solicitudes en línea y bloquear el acceso a determinados sitios web que incluyen contenidos inmorales o ilícitos.

1.4. Hay que señalar que, en la era digital, el acceso a Internet y la posibilidad de ponerse en contacto a través de Internet es una condición fundamental y necesaria para la participación. Dado el uso cada vez más extendido de Internet en la práctica del comercio internacional, la intervención de los Gobiernos en la transmisión transfronteriza de información por medios

electrónicos puede generar preocupaciones comerciales. La intervención pública, por ejemplo, aumenta los costos de comercialización, transacción y administración de los proveedores, lo que debilita su posición frente a los competidores que tienen acceso a Internet y pueden contactar o ser contactados a través de Internet.

1.5. En casos extremos, al proveedor sometido a este tipo de intervenciones le resultará muy difícil transmitir correctamente información sobre sus productos o servicios a los clientes potenciales, o incluso ser identificado por esos clientes. En última instancia, el proveedor puede quedar completamente aislado de cualquier posible cliente, lo que es aún más grave que el simple hecho de que se le niegue el acceso al mercado.

1.6. A modo de ilustración, en el presente documento no oficial se emplea la expresión "obstáculos al comercio en el ciberespacio" (OCC) para referirse a la intervención pública en la transmisión transfronteriza de información por medios electrónicos, que puede tener un efecto restrictivo o prohibitivo en el comercio internacional. Hacemos notar que la ausencia de intervención pública, por ejemplo, la falta de protección de la privacidad en Internet o de una legislación apropiada en materia de firmas, también puede crear obstáculos al comercio. No obstante, a fin de no desviar la atención, en el presente documento no se abordará este aspecto.

2 ACLARACIÓN DEL TÉRMINO "DATOS"

2.1. En las deliberaciones en curso en la OMC acerca del comercio electrónico, algunas de las propuestas han planteado en cierta medida preocupaciones sobre las medidas OCC. Por ejemplo, en el documento no oficial de los Estados Unidos se enumeran tres elementos diferentes para abordar las preocupaciones relacionadas con las corrientes de datos.¹ El primero de ellos "permitir las corrientes transfronterizas de datos", se refiere a la tensión existente entre la libre transmisión de la información y la protección de los datos de los consumidores. El segundo elemento, "promover una Internet libre y abierta", parece prestar atención a la apertura general de Internet. Y, el tercer elemento, "impedir los obstáculos relacionados con la localización", aborda los requisitos obligatorios sobre los centros de datos locales; las corrientes de datos no se mencionan específicamente.

2.2. En el muy completo listado propuesto por el Canadá, Chile, Colombia, Corea, Côte d'Ivoire, México, Moldova, Montenegro, el Paraguay, Singapur, Turquía, Ucrania y la Unión Europea², la cuestión de las corrientes de datos y de la localización se aborda bajo el epígrafe "Medidas que aseguren la apertura". La propuesta del Brasil³, que también se ocupa de las medidas que permitan las "corrientes transfronterizas de datos" bajo el epígrafe "Medidas que aseguren la apertura", sugiere un enfoque y una interpretación similares del problema.

2.3. Por otro lado, el Japón, en su documento no oficial⁴, ofrece una descripción clara en relación con el punto "transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos": "Debe admitirse la libre circulación transfronteriza de información codificada digitalmente, que permite tanto a los consumidores como a los proveedores aprovechar al máximo el entorno digital, cuando esta concierne a la realización de actividades comerciales".

2.4. Sin embargo, señalamos asimismo que los términos "datos" e "información" pueden solaparse, aunque de manera diferente, en las propuestas mencionadas anteriormente. En algunas de ellas, el término "datos" parece referirse a los "datos personales" o a los "datos sobre las transacciones", porque se alude a cuestiones que afectan a la protección de la privacidad o a la protección de los consumidores. En otras, la cuestión de las corrientes de datos se contempla en un contexto más amplio, como el del acceso gratuito a Internet.

2.5. Como se ha señalado antes, la expresión "obstáculos al comercio en el ciberespacio" (OCC) se aplica aquí a los efectos restrictivos que la intervención pública en la transmisión transfronteriza de información por medios electrónicos tiene sobre el comercio. En este contexto, el término "datos" o "información" debe entenderse en su sentido más amplio, es decir, como todos los tipos de información transmitida a través de Internet. Además, hay que señalar que los datos a los que

¹ JOB/GC/94 (4 de julio de 2016).

² JOB/GC/116/Rev.2 (15 de junio de 2017).

³ JOB/GC/98 (20 de julio de 2016).

⁴ JOB/GC/100 (21 de julio de 2016).

se hace referencia aquí no son solo los que se generan durante o después de una transacción (por ejemplo, los datos personales facilitados a los vendedores en línea extranjeros para los envíos), sino también a los datos transmitidos antes de las transacciones (por ejemplo, en las comunicaciones en línea con el vendedor para negociar el precio) e incluso antes de que las partes entren en contacto (por ejemplo, cuando el consumidor busca en Internet los mejores proveedores).

2.6. Los obstáculos tradicionales al comercio, que adoptan la forma de derechos de aduana, contingentes u otras prescripciones no arancelarias, suelen presentarse una vez que la transacción se ha realizado o completado. Por el contrario, los OCC a menudo impiden que los posibles vendedores y consumidores entren en contacto a través de Internet, lo que excluye desde un principio las oportunidades comerciales. En estas circunstancias, los debates en los que no se aborde adecuadamente la cuestión de los datos asociados a las etapas iniciales del proceso comercial (es decir, a la fase anterior al contacto) podrían no servir para reparar los efectos negativos de los obstáculos al comercio en el ciberespacio.

3 NORMAS EXISTENTES DE LA OMC SOBRE LA CIRCULACIÓN DE LA INFORMACIÓN

3.1. Las normas existentes de la OMC se elaboraron en su mayor parte antes del surgimiento de la economía digital. Como es natural, en esos momentos los negociadores apenas prestaron atención a la cuestión de la circulación de la información. El análisis que se presenta a continuación pone de manifiesto que, aunque el AGCS y el GATT pueden establecer disciplinas sobre determinados aspectos de esta cuestión, las implicaciones jurídicas generales son un tanto limitadas, en el mejor de los casos. Esto explica en parte por qué nunca se han sometido cuestiones de esta naturaleza al mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

3.2. De los Acuerdos de la OMC, es posible que el AGCS sea el más pertinente a la cuestión de los OCC. Se aplica a "las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" (párrafo 1 del artículo I del AGCS) y, dada su neutralidad tecnológica, a los servicios prestados por todos los medios, incluidos los medios electrónicos, en los diferentes modos de suministro. Esto significa que los Miembros de la OMC deberán en cualquier caso observar los artículos II (NMF) y III (Transparencia) al mantener OCC.

3.3. Sin embargo, más allá del trato NMF y la transparencia, la aplicación del AGCS a la cuestión de los OCC podría ser limitada. Los artículos XVI (Acceso a los mercados), XVII (Trato nacional) y VI (Reglamentación nacional) del AGCS se aplican únicamente a los sectores de servicios y modos de suministro respecto de los cuales los Miembros de la OMC contraen compromisos específicos. Sin embargo, es muy posible que los compromisos que los Miembros asumieron a principios del decenio de 1990 no se correspondan con la realidad tecnológica actual. Aunque la División de Estadística de las Naciones Unidas sigue actualizando el sistema de Clasificación Central de Productos (CPC), la versión en la que la mayoría de los Miembros de la OMC se han basado para elaborar sus listas de compromisos sigue siendo la de 1991. Las nuevas empresas que operan por Internet pueden encontrar difícil y controvertido encajar su modelo empresarial en las subcategorías de las listas.

3.4. Incluso en el caso del comercio electrónico, literalmente abarcado por las categorías existentes de las listas, es discutible que los seis obstáculos al acceso a los mercados definidos en el artículo XVI del AGCS puedan abarcar las medidas OCC. El bloqueo total de un sitio web extranjero, ya sea porque incumple los requisitos relativos a la localización de los datos o por cualquier otro motivo, puede considerarse una "limitación al número de proveedores de servicios" prevista en el párrafo 2 a) del artículo XVI del AGCS, dado que tiene un efecto equivalente a un contingente nulo. Sin embargo, es discutible que "las medidas OCC que filtren parte de las corrientes de datos" puedan estar comprendidas en las "limitaciones ... a la cuantía total de la producción de servicios, expresada en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas" con arreglo al párrafo 2 c) del artículo XVI del AGCS.

3.5. En el supuesto de que una medida OCC (por ejemplo, el bloqueo de una plataforma de venta minorista en línea) tenga de hecho un efecto de limitación del comercio de mercancías, cabe preguntarse si podría aplicarse el párrafo 1 del artículo XI del GATT, en la medida en que el obstáculo supone una restricción *de facto* a la importación de mercancías.

3.6. Este argumento nunca ha sido verificado por los grupos especiales o el Órgano de Apelación de la OMC. Una dificultad previsible es cómo establecer la naturaleza *de facto*, es decir, la relación causal entre la medida OCC y su supuesta repercusión en el comercio. Los órganos decisorios de la OMC han establecido sistemáticamente que un volumen de comercio bajo no puede constituir por sí mismo la única prueba de los efectos de una medida. Por lo tanto, el reclamante tendría que responder a preguntas difíciles planteadas en términos de "qué pasaría si" (por ejemplo, *¿qué pasaría si no existiera el OCC en cuestión?*).

4 SUGERENCIAS SOBRE LA LABOR FUTURA

4.1. En el presente documento no oficial se opina que la cuestión de los OCC debería ser un tema esencial de las deliberaciones futuras en la OMC sobre el comercio electrónico. Dejar de lado la cuestión de los OCC y únicamente exigir una mayor facilitación en otros aspectos del comercio electrónico no sería de gran ayuda para mejorar la equidad y eficiencia del comercio electrónico mundial. Lo importante no es la forma que adopten las medidas, sino el objetivo y el espíritu de las normas destinadas a asegurar la equidad y apertura del sistema de comercio a través de la eliminación de los obstáculos al comercio en el ciberespacio. Por lo tanto, es esencial garantizar la libre circulación de la información a través de Internet entre los Miembros, y asegurarse de que todos ellos tengan el derecho inequívoco a acceder a la red de los demás Miembros sobre una base de reciprocidad e igualdad. Esto permitirá que todos los participantes, y en especial las pymes, puedan acceder plenamente a las oportunidades comerciales.

4.2. Para empezar, los Miembros podrían considerar la posibilidad de elaborar un conjunto de principios rectores no vinculantes sobre la cuestión de los OCC, entre los que podrían figurar los siguientes:

- aclarar las normas y compromisos existentes en la OMC en relación con las medidas OCC, y;
- reconocer el derecho de los Miembros a reglamentar las actividades en línea, identificando al mismo tiempo el alcance de los objetivos de política legítimos que permiten justificar las medidas OCC.

4.3. A largo plazo, los Miembros podrían además considerar la posibilidad de elaborar disciplinas concretas y jurídicamente vinculantes sobre la cuestión de los OCC. En el marco de esas disciplinas, los Miembros podrían a continuación confirmar su reconocimiento de los efectos no deseados de las medidas OCC y comprometerse a lograr y garantizar la libre transmisión transfronteriza de información por medios electrónicos. Además de definir claramente los objetivos de política legítimos para los que pueden aplicarse medidas OCC, los Miembros podrían acordar expresamente las circunstancias excepcionales en las que estarían autorizadas esas medidas y establecer normas para que la aplicación de medidas OCC no cree obstáculos innecesarios al comercio internacional.
