

MARCO LEGAL OMC DE LAS NORMAS PRIVADAS

Comunicación de Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay)

La siguiente comunicación, recibida el 28 de septiembre de 2009, se distribuye a petición de las delegaciones de Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

I. ENCUADRE DEL TEMA DE LAS NORMAS PRIVADAS EN EL ACUERDO MSF

1. El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) de la OMC tiene por objetivo fundamental reafirmar el derecho soberano de los Miembros de establecer las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para alcanzar el nivel adecuado de protección que estimen pertinente y evitar al mismo tiempo un mal uso de ese derecho con fines proteccionistas, que se traduzca en la imposición de restricciones injustificadas en el comercio internacional.

2. A los efectos de lograr este objetivo, si bien el Acuerdo MSF permite a los Miembros establecer medidas en materia de inocuidad de los alimentos, sanidad animal y preservación de los vegetales, exige al mismo tiempo que dichas reglamentaciones se basen en una serie de obligaciones como por ejemplo, que las medidas se sustenten en principios científicos suficientes, que sólo se apliquen en la medida necesaria para alcanzar los objetivos de protección y que no establezca una discriminación arbitraria o injustificada entre países en que prevalezcan condiciones idénticas o similares.

3. Asimismo, el Acuerdo MSF determina a los Miembros a basar sus medidas sanitarias y fitosanitarias nacionales en normas, directrices y recomendaciones internacionales cuando existan y solo acepta que los Miembros adopten medidas que representen un nivel de protección superior al que se lograría adoptando una norma internacional si las medidas nacionales están justificadas desde el punto de vista científico.

4. De esta manera, el Acuerdo MSF establece tanto el objetivo - equilibrio entre la tutela sanitaria y evitar restricciones injustificadas al comercio internacional; así como los mecanismos que permiten alcanzar dicho objetivo - obligaciones que los Miembros deben respetar al adoptar y aplicar sus medidas sanitarias y fitosanitarias.

5. En las últimas reuniones del Comité MSF varios Miembros han planteado su preocupación por el avance marcado de estándares privados¹, los cuales si bien no son formalmente obligatorios ni

¹ G/SPS/GEN/766 (Comunicación de San Vicente y las Granadinas), G/SPS/GEN/792 (Comunicación de Ecuador), G/SPS/N/GEN/843 (Comunicación de Uruguay), G/SPS/R/51 (Informe de la 42 reunión del Comité MSF; párrafos 119-145), G/SPS/R/53 (Informe de la 43 reunión del Comité MSF; párrafos 122-137), G/SPS/R/54 (Informe de la 44 reunión del Comité MSF; párrafos 136-161).

adoptados por las autoridades oficiales de los Miembros, se vuelven en la práctica requisitos de acceso a los mercados externos.

6. Sin perjuicio de considerar que los debates sobre el tema pueden tener muchas aristas y más allá de tecnicismos y legalismos, resulta claro que los Miembros de la OMC deben garantizar que los compromisos internacionales que han asumido en el marco de esta Organización no se vean vulnerados o menoscabados, afectando derechos adquiridos de los particulares, actores del comercio internacional. Desde el momento en que los estándares privados regulan aspectos sanitarios y fitosanitarios y que los mismos tienen una repercusión en el comercio internacional, es competencia del Comité MSF abordar el tema y utilizar los instrumentos disponibles en el Acuerdo MSF y en el GATT de 1994 para impedir que la utilización de estándares privados pueda menoscabar derechos y obligaciones asumidos por los Gobiernos en la OMC.

7. Consideramos que el Comité MSF debe extremar sus esfuerzos para encontrar soluciones de manera inmediata, a fin de preservar el equilibrio de derechos y obligaciones asumidos multilateralmente. En otras palabras, es responsabilidad de los Miembros el velar por el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo MSF, honrando los compromisos internacionales y salvaguardando los derechos adquiridos.

8. De los intercambios de experiencias mantenidos tanto en el Comité MSF como en otros foros internacionales ha surgido con claridad que la aplicación de estándares privados no siempre ha generado experiencias negativas. Asimismo, también ha quedado en claro en el informe descriptivo adoptado en la reunión del Comité de junio de 2009², que la mayoría de las experiencias negativas se relacionan con la no observancia de muchas de las disposiciones previstas en el Acuerdo MSF.

II. MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS GOBIERNOS EN FUNCIÓN DE LAS OBLIGACIONES OMC

9. Como sabemos, la OMC es una organización internacional de naturaleza intergubernamental creada con el objetivo de fomentar una competencia libre, leal y sin distorsiones en el comercio internacional. A tal efecto, se han establecido acuerdos internacionales por los que se consagran reglas y disciplinas que deben ser observadas por los Miembros en la adopción e implementación de sus políticas comerciales. Ha sido ampliamente reconocido por la doctrina especializada que el objetivo de liberalización del comercio solo puede ser alcanzado con reglas claras ya que solo a través de las mismas se alcanza la seguridad jurídica que los actores privados necesitan para poder desarrollar normalmente sus transacciones comerciales.

10. Conforme al principio de *pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Esta regla ha sido expresamente consagrada en el artículo XVI:4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, al disponer que: "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentaciones y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos Anexos". De esta manera, el Acuerdo de Marrakech reconoce expresamente que los Acuerdos que integran el plexo normativo de la OMC establecen obligaciones (y su contra cara, es decir, el derecho a reclamar el cumplimiento de esta obligación). A su vez, el Acuerdo de Marrakech dispone que son las partes del Acuerdo (es decir, los Miembros de la OMC) los responsables de cumplir con las obligaciones y los beneficiados del ejercicio de los derechos.

11. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que el Acuerdo de Marrakech (y sus Anexos) han sido incorporados al derecho interno de los Miembros (a través de leyes, decretos u otros instrumentos

² Documento G/SPS/GEN/932.

jurídicos), los mismos han creado derechos y obligaciones a los particulares y demás actores privados (es decir, derechos adquiridos) cuya violación debe recibir la debida tutela a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones OMC.

III. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS

12. La jurisprudencia OMC ha precisado el alcance de la responsabilidad de los Miembros, señalando que la misma no solo abarca a sus acciones sino también a sus omisiones, dado que estas últimas pueden tener el mismo efecto perjudicial para el comercio internacional que una acción. En tal sentido, la jurisprudencia reconoció que el concepto de "medida" incluye tanto a los comportamientos positivos de los Miembros (por ejemplo, regulaciones que los Miembros adopten) como a los comportamientos negativos de los Miembros (por ejemplo, omisiones de adoptar acciones o medidas concretas cuando deberían haber sido adoptadas). En el asunto "Estados Unidos-Examen por extinción: acero resistente a la corrosión", el Órgano de Apelación estableció que: "en principio, todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias. Los actos u omisiones que pueden ser atribuidos estados de ese modo son habitualmente los actos u omisiones de los órganos del estado, incluidos los del poder ejecutivo".³ (subrayado es agregado).

13. El Acuerdo MSF ha dedicado su artículo 13 a precisar el alcance de la responsabilidad de los Miembros en el campo que regula, es decir, la adopción y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. En primer término, dispone que: "(...) los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas" siguiendo el principio *pacta sunt servanda* y el artículo XVI:4 del Acuerdo de Marrakech. Sin embargo, el Acuerdo no limita la responsabilidad de los Miembros a las acciones u omisiones de las autoridades del gobierno central, sino que también se refiere a las medidas adoptadas por instituciones que no sean del gobierno central y por entidades no gubernamentales.

14. Con respecto a las instituciones que no son del gobierno central, el artículo 13 del Acuerdo MSF dispone que: "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".

15. Con respecto a las medidas adoptadas por "entidades no gubernamentales existentes en su territorios", el artículo 13 del Acuerdo MSF ha previsto dos obligaciones en cabeza de los Miembros:

- Obligación de hacer (acción): "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."
- Obligación de no hacer (omisión). "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."

16. De esta manera, si bien las disposiciones sanitarias adoptadas por estas "entidades no gubernamentales" no serían consideradas *per se* como "medidas sanitarias", los Gobiernos tienen la responsabilidad de velar porque las disposiciones adoptadas por estas entidades se ajusten al Acuerdo MSF. Conforme al artículo 13 del Acuerdo MSF, para que se vea comprometida la responsabilidad

³ Párrafo 82.

de los Miembros es necesario que: (i) las entidades no gubernamentales no cumplan con las disposiciones del Acuerdo MSF y que (ii) el Miembro no haya cumplido con sus obligaciones de acción y/o omisión previstas en el artículo 13.

IV. REFLEXIONES

17. El Mercosur es un actor protagónico en materia de exportación mundial de alimentos. Este sector no solo es uno de los más dinámicos de las economías locales sino que es uno de las principales fuentes de ingreso de divisas y su desarrollo es esencial para combatir la pobreza y asegurar un crecimiento con equidad social. Es por ese motivo que los Estados Partes del Mercosur han priorizado el desarrollo de políticas públicas activas tendientes a favorecer el crecimiento y progreso tecnológico al sector. Estas políticas han incluido diferentes objetivos concretos, uno de las cuales es el de incrementar y diversificar la inserción externa de nuestras exportaciones sobre la base de alimentos inocuos y de alta calidad.

18. A tal fin se vienen implementando varias acciones. Una de ellas es el fortalecimiento institucional en la participación del Mercosur de las reuniones del Comité MSF con la finalidad de aportar elementos que tiendan a lograr un comercio de productos agroindustriales más justo, equitativo y transparente sobre la base de las obligaciones acordadas en la Ronda Uruguay. Asimismo, se ha otorgado alta prioridad a las tareas realizadas en el marco de las Tres Hermanas con la finalidad de asegurar el establecimiento de normas internacionales basadas en ciencia y que respondan a las necesidades y demandas de productores y consumidores en todo el mundo.

19. Es por ello que se observa con preocupación el alejamiento de las normas privadas respecto a las reglas que los Miembros acordaron establecer para lograr un comercio internacional más justo, libre y transparente. Como mencionamos, el comercio sin reglas no es previsible y en consecuencia genera inseguridad jurídica, lo que afecta su normal desenvolvimiento. Las reglas se han establecido para ser respetadas y por lo tanto, los Miembros deben cumplir los compromisos internacionales que acordaron libremente luego de largas y difíciles negociaciones. En consecuencia, los Gobiernos deben encarar el problema dentro de las instituciones creadas, ya que de lo contrario, implicaría asumir que años de trabajos en el marco del GATT/OMC han sido en vano.

V. POSIBLES CURSOS DE ACCIÓN EN EL COMITÉ MSF

20. Consideramos que el enfoque de trabajo de tres fases establecido en el documento G/SPS/W/230 ha sido el adecuado. Habiendo cumplido con la fase 1 (cuestionario) y la fase 2 (informe descriptivo), consideramos que el Comité MSF dispone de suficientes elementos como para iniciar la fase 3, es decir, elaborar un informe analítico donde se evalúe la información disponible pero por sobre todo, se acuerde la forma en que el Comité MSF enfrentará el tema de los estándares privados y el comercio internacional.

21. A su vez, consideramos que cuando el Comité evalúe posibles cursos de acción se debería tener presente el especial impacto que sobre los Países en Desarrollo (PED) agro-exportadores ya están generando los estándares privados, por lo que entendemos conveniente avanzar en simultáneo en dos líneas de trabajo:

- Establecer directrices para la implementación práctica del artículo 13 del Acuerdo MSF; y

- Acordar la inclusión en agenda del Comité MSF de:
- **Mecanismo de monitoreo de normas privadas por el Comité MSF:** por el cual evaluará la consistencia de las normas privadas con las disciplinas MSF.
 - **Preocupaciones comerciales específicas por aplicación de normas privadas:** por medio de las cuales los Miembros afectados por un estándar privado puedan plantear su preocupación en el marco del Comité a fin de que se evalúen cursos de acción pertinentes.
-