

Handcuffs on Future Regulation Un cepo a la potestad de regular a futuro

Team TiSA's goal of a 21st century agreement means that TiSA's rules and commitments must be flexible and extensive enough to accommodate the changing structures of capitalism and the *modus operandi* of powerful corporate interests for decades ahead. They complain that the GATS is rigid and its schedules and classifications are obsolete. When the GATS was drafted the Worldwide Web was in its infancy. No-one could have predicted the way the Internet has developed and how that would change international commerce (nor, they fail to mention, the concerns that has generated over information flows, privacy, financial stability, and national security). It is equally impossible to predict what technologies might emerge in the future, for example by harnessing artificial intelligence in currently unimaginable ways. Yet Team TiSA and the most aggressive of the TiSA parties want governments to promise *never* to regulate services that do not yet exist or new technologies that change the way the services they have committed to TiSA's rules are delivered.

La coalición internacional de empresas por el TISA inaugurada en junio de 2014 y conocida como Team TISA (equipo TISA) aboga por un acuerdo ambicioso para el siglo XXI. Eso quiere decir que las normas y compromisos del TISA tienen que ser lo suficientemente flexibles y amplios como para adaptarse a las estructuras cambiantes del capitalismo y a los modos de funcionamiento variables de grandes y poderosas empresas en las décadas venideras. Se quejan de que el AGCS es rígido y que sus listas de compromisos y sus clasificaciones son obsoletas. Cuando se redactaron los textos del AGCS la Internet estaba recién en sus inicios. Nadie podría haber previsto el modo en que Internet se ha desarrollado y cómo eso habría de cambiar el comercio internacional (ni las inquietudes --que ellos no mencionan-- que ha generado respecto a los flujos de información, la privacidad, la estabilidad financiera y la seguridad nacional). Es igualmente imposible prever qué tecnologías surgirán en el futuro, por ejemplo mediante aplicaciones de inteligencia artificial hoy inimaginables. No obstante, Team TISA y los promotores del TISA más agresivos pretenden que los gobiernos prometan que *jamás* reglamentarán los servicios que aún no existen ni regularán las nuevas tecnologías que modificarán la manera en que se suministran los servicios que se han comprometido a someter a las normas del TISA.

TiSA uses several complementary techniques to achieve that outcome. As noted earlier, the core rules are the same as the GATS. The main difference in TiSA is how commitments from each country are **scheduled**. The GATS approach is still used for the market access rule in TiSA. But once a market access commitment has been made, it is presumed that the non-discrimination (national treatment) rule would automatically apply, forever, unless explicitly stated otherwise.

El TISA emplea varias técnicas complementarias para llegar a ese fin. Como se ha dicho antes, las normas básicas son las mismas que las del AGCS. La diferencia principal del TISA reside en **cómo se consignan las listas** de compromisos de cada país. Respecto a las normas de acceso al mercado el TISA mantiene aún en enfoque del AGCS. Pero una vez que se establecido un compromiso de acceso al mercado, se asume que la norma de no discriminación (trato nacional) se aplicaría automáticamente, y para siempre, a menos que se establezca explícitamente lo contrario.

That '**negative list**' approach is designed to maximise exposure of services to the non-discrimination rule and restrict the legal space for new regulation. It puts a country's future regulatory capacity at risk of error, omission, unforeseen or unforeseeable situations, or a highly liberalising government that is intent on binding the hands of its successors. Negative lists are high risk even for governments with long experience of liberalisation, privatisation, de-regulation and market-based regulation, and which have well-resourced bureaucracies and experienced negotiators. Services may look very different in the future and require different kinds of measures.

They may also play a quite different economic and social role in the future economy, raise new environmental and cultural concerns, and have a much greater negative impact on the workforce or vulnerable communities.

El enfoque de '*lista negativa*' está diseñado para maximizar la supeditación de los servicios a la norma de no discriminación y restringir el margen jurídico de maniobra para establecer nuevas reglamentaciones. Implica poner en riesgo la capacidad y potestades regulatorias del gobierno y dejarlas a merced de errores, omisiones, situaciones imprevistas o impredecibles, o a merced de un gobierno ultra-neoliberal con intenciones de atar de manos a sus sucesores. Las listas negativas son de alto riesgo incluso para gobiernos con mucha experiencia de liberalización, privatizaciones, desregulación y reglamentación acorde al mercado, y que disponen de negociadores experimentados y burocracias bien dotadas de recursos. Los servicios pueden ser distintos en el futuro y pueden requerir medidas diferentes. Además quizás desempeñen un rol económico y social bastante distinto en la economía del futuro, quizás planteen nuevas inquietudes ambientales y culturales, y afecten de manera mucho más negativa a los trabajadores y trabajadoras y las comunidades vulnerables.

It is possible a party may be allowed to carveout a service or measure altogether, referred to in TiSA-speak as a '*policy space*' *exception*. But that only applies to the non-discrimination (national treatment) rule. The cumulative effect of the market access rule, the definition of 'supply' of a service and a 'measure' 'affecting' a service, the broad scope of some sectoral commitments (eg. computer services or data services) interpreted using the concept of 'technological neutrality' could still hog-tie a government in regulating a new service or a new way of delivering it.

Puede ser que a un país se le permita exceptuar por completo un servicio o una medida, lo que en la jerga del TISA se conoce como una *excepción de 'margen de maniobra en materia de políticas'*. Pero eso solamente se aplica a la norma de no discriminación (trato nacional). El efecto acumulado de la norma de acceso al mercado, sumado a la definición de 'suministro' de un servicio y de una 'medida' que afecta a un servicio, el amplio alcance de algunos de los compromisos sectoriales (por ejemplo servicios informáticos/de computación o servicios de datos) interpretado a la luz del concepto de 'neutralidad tecnológica' o de las tecnologías, podría de todos modos impedir que un gobierno reglamente un nuevo servicio o un nuevo modo de suministrarlo.

Where a 'policy space' protection is not sought or permitted by the other parties, the government can ask to continue support for its local services and suppliers at its existing level (*standstill*). That freezes the status quo in the particular subsector; the government cannot adopt more restrictive policies or regulations, for example by reversing a privatisation. A standstill vastly increases the risks from policy, regulatory, social or political failure, and can leave a government impotent to respond to new circumstances, including the unforeseen impacts of technologies.

Si no se solicita protección del 'margen de maniobra' o si los otros países que son parte del acuerdo no lo permiten, el gobierno puede pedir permiso para seguir apoyando a sus servicios y proveedores locales al nivel que lo hace en la actualidad (*cláusula de 'suspensión' o de mantenimiento del statu quo*). Eso congela el estado de situación en ese subsector en particular, de manera que el gobierno no puede adoptar políticas o reglamentaciones más restrictivas, por ejemplo revertir una privatización. Mantener el statu quo aumenta muchísimo el riesgo de fracaso político y social y que las políticas y reglamentaciones fracasen, y puede dejar impotente a un gobierno privándolo de capacidad de respuesta frente a nuevas circunstancias, entre ellas los impactos imprevistos de las tecnologías.

A **ratchet** then applies: any more-liberalised measure a government adopts is automatically locked in for as long as TiSA is in force. It is irrelevant if the government has been poorly advised, reckless, ideologically driven, corrupt, or captive of corporate elites. This would also allow a political party in power to adopt an extreme agenda of liberalisation, deregulation and privatisation knowing its opponents would be unable to implement an alternative political manifesto. A future government that is more prudent, seeks to rebalance social and commercial interests, or to close the opportunities for profiteering or corruption, could not undo what the previous government has done.

Se aplica entonces la **cláusula de trinquete**: cualquier medida de mayor liberalización que adopte un gobierno queda automáticamente perpetuada hasta tanto que el TISA se mantenga en vigencia. Es irrelevante si el gobierno fue mal aconsejado, imprudente, si actuó por motivaciones ideológicas, si es corrupto o cautivo de las élites empresariales. Esto también habilitaría a un partido político que esté en el poder adoptar un programa de liberalización, desregulación y privatización extremo, a sabiendas de que sus opositores no podrían aplicar un manifiesto político alternativo. Un gobierno futuro más prudente, que busque reequilibrar los intereses sociales y del comercio, o que pretenda impedir la especulación y la corrupción, no podría deshacer lo que hizo el gobierno anterior.

TiSA's negative list approach is profoundly anti-democratic: it forecloses the right of democratically-elected governments to change their policy settings in the future on pain of economic sanctions. Those risks are heightened for the global South, in another example of how they are denied mandatory development flexibilities, and is why most have resisted using negative lists to date. When a government schedules a commitment in TiSA it is therefore taking a gamble about what regulatory space it needs to preserve, and does so within a negotiating context that aims for maximum liberalisation and where the precautionary principle is anathema.

El enfoque de lista negativa es profundamente anti-democrático: le niega a gobiernos democráticamente electos el derecho de cambiar en el futuro sus marcos de políticas so pena de sanciones económicas. Esos riesgos se agudizan para los países del Sur global, constituyendo un ejemplo más de cómo se les priva de las flexibilidades necesarias para su desarrollo, y es el motivo por el cual la mayor parte de ellos hasta la fecha han opuesto resistencia al uso de listas negativas. Cuando un gobierno consigna un compromiso en su lista está por ende jugando a la ruleta y asumiendo un riesgo respecto del margen de maniobra regulatorio que necesita preservar, y lo hace en un contexto de negociaciones que apunta a la máxima liberalización y donde el principio precautorio es anatema.

The concept of **technological neutrality** would bind the cuffs even tighter. The TiSA parties want any TiSA commitment to apply, irrespective of the technology used to deliver the service, including technologies not invented when the schedule was drafted. Technological neutrality is not written in any legal text. The idea that commitments applied whatever the means of delivery was argued in the dispute against the US on Internet gambling, where the panel said the principle 'seems to be largely shared among WTO members'.¹ China argued, when defending a dispute brought by the US, that the principle had never been accepted by WTO members; the panel found it was not necessary to decide that question, but did not reject the possibility.² Scholars suggest the legal interpretation is still debatable.³ Yet TiSA parties treat it as a binding principle, without inserting it

¹ Panel Report, *US – Gambling*, WT/DS285/R, 10 November 2004, para 6.285

² Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/R, 12 August 2009, para 7.1257

³ Jia-Xiang Hu, 'When Trade Encounters Technology: The role of the technological neutrality principle in the development of WTO rules' in Bryan Mercurio and Kuei-Jung Ni, *Science and Technology in International Economic Law: Balancing Competing*. Routledge, 2013, 75- 89, at 86

formally in the text. That approach has greater impact in TiSA than the GATS, as countries are expected to make more extensive commitment to cross-border supply of services at a time when new technologies are rapidly evolving. If accepted, technological neutrality would vastly magnify the problems of foresight - it is simply impossible to predict what issues or risks a new technology might create that would require regulation in the future.

El concepto de **neutralidad tecnológica** o de las tecnologías ajustaría aún más fuertemente el cepo. Los países que son parte del TISA quieren que todos y cualquier compromiso del TISA se aplique, independientemente de la tecnología que se use para suministrar el servicio, inclusive tecnologías que aún no se habían inventado cuando se consignaron las listas. La neutralidad tecnológica no está escrita en ningún texto jurídico. La idea de que los compromisos son aplicables independientemente de los medios a través de los cuales se suministra un servicio fue planteada en la demanda contra EEUU sobre las apuestas por Internet, y en ese caso el panel de arbitraje dijo que ese principio 'parece ser ampliamente compartido entre los miembros de la OMC'.⁴ China argumentó, cuando se defendía de una demanda entablada por EEUU, que ese principio nunca había sido aceptado por los miembros de la OMC; el panel que dirimía esa controversia halló que no era necesario decidir esa cuestión, pero no rechazó la posibilidad.⁵ Los eruditos en la materia sugieren que esa interpretación jurídica sigue siendo discutible.⁶ Sin embargo, los países que son parte del TISA lo tratan como si fuera un principio vinculante, sin insertarlo formalmente en el texto. Ese enfoque tiene más impacto en el TISA que en el AGCS, en la medida que se espera que los países se comprometan de manera más amplia al suministro transfronterizo de servicios, en momento en que las nuevas tecnologías están evolucionando rápidamente. Si se la acepta, la neutralidad tecnológica magnificaría enormemente los problemas de previsión, ya que es simplemente imposible prever qué problemas o riesgos puede generar una nueva tecnología que requerirían reglamentación en el futuro.

Accepting technological neutrality becomes even more dangerous if a government cannot insist that the entity supplying a service from outside the country has a presence inside the country (what the corporates term '**forced local presence**') as proposed for TiSA. That rule would pose major obstacles to effective legal liability, consumer protections, ability to tax, the vetting of qualifications and assessing compliance with technical and professional standards. The rules that govern the cross-border service supplier, including their labour standards, are usually from their home country, and sometimes a third country sub-contractor, so governments are effectively surrendering sovereignty to the lawmakers of another country.

Aceptar la neutralidad tecnológica se torna aún más peligroso si el gobierno no puede insistir en que la entidad que suministra el servicio desde afuera del país tenga presencia comercial dentro del país en cuestión (lo que los empresarios denominan '**presencia local obligada**'), tal y como se propone en el TISA. Esa norma que impediría exigirles presencia local implicaría grandes obstáculos a la posibilidad efectiva de reclamarles jurídicamente responsabilidad civil, a la capacidad efectiva de cobrarles impuestos, a la protección de los consumidores, a la verificación de las aptitudes y la evaluación del cumplimiento de las normas técnicas y profesionales. Las reglas y normas por las que se rigen los proveedores transfronterizos de servicios, entre ellas sus normas laborales, son generalmente las de su país de origen, y a veces las de un tercer país de origen de un

⁴ Informe del panel de arbitraje, *US – Gambling*, WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004, párrafo 6.285

⁵ Informe del panel de arbitraje, *China – Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/R, 12 de agosto de 2009, párrafo 7.1257

⁶ Jia-Xiang Hu, 'When Trade Encounters Technology: The role of the technological neutrality principle in the development of WTO rules', en Bryan Mercurio y Kuei-Jung Ni, *Science and Technology in International Economic Law: Balancing Competing*. Routledge, 2013, 75- 89, at 86

subcontratista, de modo tal que los gobiernos efectivamente están cediendo soberanía a los legisladores de otro país.

As with the GATS, it would be extremely difficult and potentially very costly for a country to make **changes to its TiSA schedule**. If another party objects it must negotiate additional liberalisation to compensate, meaning the price falls on other services sectors. There are only a couple of examples where this has been attempted under the GATS. In the most notorious the US blocked progressive health reforms in Bolivia, one of the world's poorest countries. The government notified the WTO in 2008 that it wanted to change the GATS schedule drawn up by its neoliberal predecessor and take hospital services back under public control in line with its new constitution. The US objected at the last minute. That was almost a decade ago. Presumably the US is waiting for a less progressive Bolivian government to withdraw the request. Meanwhile, its stance sends a clear message to any other country seeking to change its schedule.

Tal y como ocurre en el AGCS, sería sumamente difícil y potencialmente muy costoso para un país **modificar su lista de compromisos en el TiSA**. Si otro país parte del acuerdo objeta que las haga, el país que quiere modificar su lista tendrá que negociar compromisos de liberalización adicionales a modo de compensación, lo que significa que el costo de la modificación recaerá sobre otros sectores de servicios. Solamente hay un par de ejemplos o casos en lo que esto se ha intentado en el AGCS. En el caso más tristemente célebre, EEUU bloqueó las reformas al sistema de salud en Bolivia, que es uno de los países más pobres del mundo. El gobierno boliviano notificó a la OMC en 2008 que quería modificar su lista de compromisos en el AGCS, que había sido consignada por sus antecesores neoliberales, y restablecer el control público de los servicios hospitalarios, de conformidad con su nueva Constitución. EEUU lo objetó en el último minuto. Eso fue hace casi una década. Presumiblemente EEUU está esperando por un gobierno menos progresista en Bolivia que retire esa solicitud de modificación. Entretanto, su postura es un mensaje claro para cualquier otro país que quiera modificar su lista de compromisos.

Additional TiSA rules would restrict the regulation of services, irrespective of a country's schedule. Rules against **'forced localisation of data'** would give suppliers of a service the right to hold the data relating to a service anywhere in the world. What rules apply to that data would depend on where the server was located. The 'cloud' usually means the US, whose laws on privacy are lax, laws on surveillance are intrusive, and commercial sale of data is rife. In practice it could become impossible for authorities to access the data necessary to monitor compliance of companies with its safety standards or labour laws. The data itself might be held by third party contractors in another non-TiSA country. Effective oversight and enforcement would depend on those countries' laws, the cooperation of their regulators, affordable access to their legal systems and their courts' willingness to accept jurisdiction.

Otras normas del TiSA restringirían la reglamentación de los servicios, independientemente de lo que haya consignado el país en su lista. Las normas contra la **'localización forzada de datos'** les daría a los proveedores de un servicio el derecho de almacenar en cualquier lugar del mundo los datos asociados a un servicio. Cuáles serían las normas aplicables a esos datos dependería entonces del lugar de ubicación del servidor. Cuando se trata de la 'nube' eso generalmente quiere decir EEUU, cuyas leyes en materia de privacidad son laxas, sus leyes de vigilancia intrusivas y la venta comercial de datos muy extendida. En la práctica podría tornarse imposible para las autoridades acceder a los datos necesarios para monitorear el cumplimiento de sus normas de seguridad o sus leyes laborales por las empresas. Los datos en sí mismos podrían quedar en manos de contratistas tercerizados en otro país que no es parte del TiSA. La supervisión y aplicación efectivas dependería de las leyes vigentes en esos países, de la cooperación de sus entes reguladores, del acceso asequible a sus sistemas judiciales y a la disposición de sus tribunales a aceptar jurisdicción.

Perhaps the most potent GATS-plus rules in TiSA are the **proposed E-Commerce chapter**, which is promoted by Google, Microsoft, Facebook, PayPal and the handful of other mega-corporations that control the digital infrastructure and digital platforms. When they appeal to Internet freedom and consumer choice, they really want freedom for themselves to operate wherever and however they want without regulations, including privacy and consumer protections, they describe as 'barriers to trade'. The rules include provisions on the electronic supply of services, domestic regulatory frameworks for electronic commerce, non-discriminatory treatment of digital products, prohibition of requirements for local presence of computing facilities, cross-border transfer of information, and recognition of e-documentation and signatures. The chapter complements the commitments and rules in special annexes on cross-border services.

Las normas del TISA quizás más poderosamente AGCS+ sean las del **capítulo propuesto sobre Comercio Electrónico**, promovidas por Google, Microsoft, Facebook, PayPal y un puñado de megaempresas que controlan la infraestructura digital y las plataformas digitales. Cuando reclaman por una Internet libre y por la libertad de opción de los consumidores, realmente están abogando por su libertad de operar donde quieran y como quieran, sin reglamentaciones --entre ellas las de protección de la privacidad y los consumidores, que ellos consideran como 'obstáculos al comercio'. Esas normas incluyen disposiciones sobre el suministro electrónico de servicios, los marcos regulatorios nacionales del comercio electrónico, el trato no discriminatorio de productos digitales, la prohibición de requisitos de presencia local aplicables a las instalaciones informáticas, la transferencia transfronteriza de información, y el reconocimiento de los documentos y firmas electrónicos. Ese capítulo complementa los compromisos y normas estipulados en anexos especiales sobre servicios transfronterizos.
