

**Informe sobre la propuesta de
EE. UU. relativa al TISA en
materia de comercio electrónico,
transferencia de tecnología,
flujos transfronterizos de datos y
neutralidad de la red**

Catedrática Jane Kelsey

**Facultad de Derecho, Universidad de Auckland, Nueva
Zelanda**

y

Dra. Burcu Kilic

Public Citizen, Washington D.C., EE. UU.

17 de diciembre de 2014

Informe sobre la propuesta de EE. UU. relativa al TISA en materia de comercio electrónico, transferencia de tecnología, flujos transfronterizos de datos y neutralidad de la red

ÍNDICE

Los objetivos de EE. UU. en la propuesta	<i>Error! Bookmark not defined.</i>
El secretismo	<i>Error! Bookmark not defined.</i>
La relación con otras negociaciones	<i>Error! Bookmark not defined.</i>
Contenido	6
Artículo 1: Presencia local	7
Artículo X.2: Contenido local	10
Artículo X.3: Tecnología local	14
Artículo X.4: Circulación de la información	17
Artículo X.5: Redes abiertas, acceso y uso de la red	19
Artículo X.6: Autenticación electrónica y firmas electrónicas	20
Artículo X.7: Excepciones	21

Informe sobre la propuesta de EE. UU. relativa al TISA en materia de comercio electrónico, transferencia de tecnología, flujos transfronterizos de datos y neutralidad de la red[#]

La propuesta del Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés) del 25 de abril de 2014 en las negociaciones relativas al Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TISA, por sus siglas en inglés) ha sido filtrada. Se centra en el comercio electrónico, la transferencia de tecnología, los flujos transfronterizos de datos y la neutralidad de la red.

El TISA es un mega-acuerdo que está siendo negociado actualmente por 23 partes (contando a la UE como una), que se denominan a sí mismas, irónicamente, “los verdaderos buenos amigos de los servicios”. Las negociaciones del TISA comenzaron formalmente en marzo de 2013.

Su objetivo es ampliar el alcance y las reglas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Los intentos de lograr este objetivo a través de la ronda de Doha están estancados desde hace algunos años. El TISA pretender ser un acuerdo “estándar de oro” al que otros países pueden adherirse, que establece nuevas normas que se tendrán en cuenta en otros acuerdos y que con el tiempo se podrían incorporar en el AGCS para aplicarse a todos los miembros de la OMC.

El TISA es una de las tres mega-negociaciones actualmente en curso. Las otras dos son el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés) y el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés). Estados Unidos y su industria son los actores dominantes en las tres negociaciones. Un defensor de EE. UU. las describió como “*creadoras de grupos de países de ideas afines con unas ‘reglas de juego’ alternativas*”.¹

Los objetivos de EE. UU. en su propuesta

La propuesta de EE. UU. es impulsada por tres imperativos:

1. Promover los intereses comerciales de su industria de servicios que proporciona servicios al otro lado de la frontera, principalmente a través del comercio electrónico y la inversión extranjera directa en los sectores de la manufactura y los servicios. La propuesta ofrecería beneficios particulares al sector de la tecnología de la información y las telecomunicaciones, pero tiene el objetivo más general de proteger las ventajas competitivas y los derechos de monopolio estadounidenses sobre la propiedad intelectual y la tecnología.

[#] Catedrática Jane Kelsey, Facultad de Derecho, Universidad de Auckland, Nueva Zelanda, y Dra. Burcu Kilic, *Public Citizen*, Washington D.C., EE. UU.

¹ Robert D. Atkinson, Fundación para la Tecnología de la Información y la Innovación, vista sobre “El impacto de la transferencia de tecnología de la información sobre la investigación y el desarrollo en EE. UU.” ante el Comité de ciencia, Subcomité de supervisión e investigaciones de la Cámara de representantes de los Estados Unidos, 5 de diciembre de 2012, <http://www2.itif.org/2012-international-tech-transfer-testimony.pdf> (en inglés)

2. Consolidar los repertorios de datos en beneficio del gobierno de EE. UU., las sociedades transnacionales (STN) y los intereses comerciales de terceros. Esto beneficia a una serie de intereses comerciales y de “seguridad nacional”.
3. Impedir o restringir las reglamentaciones de los gobiernos que dificultan las actividades y los beneficios de las grandes industrias mundiales de servicios y garantizan los flujos transfronterizos de datos sin restricciones, lo cual tiene un impacto en la protección del consumidor, las leyes de privacidad, las limitaciones reglamentarias y la política de competencia.

Aunque ésta es una propuesta de EE. UU., la mayor parte de su contenido refleja los principios fundamentales de los Principios Comerciales entre Estados Unidos y la Unión Europea relativos a los servicios de tecnología de la información y la comunicación de 2011: fomentar la capacidad de los consumidores de acceder y distribuir la información, aplicaciones y servicios de su elección; no restringir el suministro transfronterizo de servicios; no evitar las transferencias transfronterizas de información y el acceso a ella; y no requerir a los proveedores de servicios que utilicen infraestructuras locales o establezcan una presencia local.² Estos principios no son aplicables, mientras que el TISA probablemente lo será.

Del mismo modo, estas demandas no se limitan a la industria y a los defensores de EE. UU. La industria es global. En noviembre de 2014, el grupo de presión europeo de la industria tecnológica *DigitalEurope*, que incluye a *Google Inc.* e *Intel Corp.*, instó a la nueva Comisaria de Comercio europeo a utilizar el TTIP y el TISA para “*Derribar las normas proteccionistas, así como la localización obligatoria de datos*”. Según consta, el grupo “*atacó los requisitos relativos a la transferencia obligatoria de tecnología y a la apropiación local obligatoria de la propiedad intelectual de las empresas extranjeras, así como las restricciones sobre el movimiento de datos a través de las fronteras y las normas que requieren centros de datos o de alojamiento de datos nacionales*”.³

El Consejo de la Industria de la Tecnología de la Información es una coalición industrial contra la “localización forzosa” destinada a impulsar la manufactura, la alta tecnología y las capacidades I+D. Entre las prácticas que destacan se encuentran “*los requisitos en materia de transferencia obligatoria de tecnología, los requisitos de trabajar con proveedores locales en la contratación pública y del sector privado, el depósito del código fuente y otros elementos de diseño sensibles, las restricciones a la importación y las restricciones en el flujo de datos*”.⁴

² Principios comerciales entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre los servicios de tecnología de la información y de las comunicaciones, 4 de abril de 2011, http://www.ustr.gov/webfm_send/2780, como se resume en Centro para la Democracia y la Tecnología, “Comentarios relativos al Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP) propuesto”, 10 de mayo de 2013, 3

³ Michael Lipkin, “La industria tecnológica de la UE quiere que la localización de datos quede fuera del TTIP”, *Law360*, 21 de noviembre de 2014. <http://www.law360.com/articles/598519/eu-tech-industry-wants-data-localization-out-of-ttip> (en inglés)

⁴ Consejo de la Industria de la Tecnología de la Información, “La localización forzosa”, <http://www.itic.org/public-policy/forced-localization> (en inglés)

Sin embargo, también hay tensiones entre Estados Unidos y la UE, por no hablar de otros países TPP, signatarios potenciales y parte del AGCS. El *Wall Street Journal* se refirió el 9 de diciembre de 2014 a una “batalla campal” entre las empresas de tecnología de EE. UU. y los estados soberanos de la UE, que

enfrenta a los gobiernos contra los nuevos titanes de la tecnología, a las industrias establecidas *contra contrincantes advenedizos y a la cultura empresarial americana irresponsable contra un marco europeo de mayor reglamentación. ... Los responsables políticos de Europa, acostumbrados a controlar los sectores clave de sus economías, están luchando por conseguir tener control sobre los recién llegados del otro lado del océano que se mueven con rapidez. El crecimiento es débil y los ingresos gubernamentales escasos, y ven cómo los beneficios que antes eran otorgados a las industrias europeas, desde los pequeños comercios a los medios de comunicación o los taxis, son desviados – a menudo con una ligera carga tributaria – a Silicon Valley. Están preocupados por que las industrias cruciales, como la automovilística, puedan caer después.*⁵

Los principales objetivos de la propuesta de EE. UU. no son los de la UE o de otras partes de la negociación. Algunos países son objetivos explícitos. China fue descrita por un defensor de las reglas propuestas por EE. UU. como “el actor con diferencia más ofensivo cuando se trata de transferencia obligatoria de tecnología”⁶. Esto significa que la propuesta de EE. UU. será especialmente controvertida en el caso de que EE. UU. abandone su oposición a la integración de China en las negociaciones del TISA. Otros países, entre ellos Malasia, Brasil, Portugal, Argentina, Rusia, India, Indonesia y Nigeria, también han sido identificados como implicados en la transferencia obligatoria de tecnología⁷ o en la localización forzosa para promover su industria nacional.⁸

El secretismo

La portada del documento filtrado confirma que se pretende que las negociaciones del TISA sean más secretas que el controvertido Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TPP) de 12 países.

Los documentos de trabajo para el TPP, incluyendo los proyectos de texto y los documentos de posición, no pueden ser desclasificados hasta cuatro años después de la entrada en vigor del acuerdo o hasta cuatro años después del cierre de las negociaciones (o bien de su suspensión).

El período equivalente para los documentos del TISA es de **cinco años**. Este año adicional refleja probablemente el término de algunos gobiernos (entre ellos la Comisión Europea) y supone que los responsables de los documentos ya no ocuparán el mismo cargo y no se les podrá exigir responsabilidades.

⁵ Tom Fairless, “Europa frente a los gigantes estadounidenses de la tecnología. El descontento en el continente pone de relieve la lucha por el control de la economía, la cultura e Internet”. *The Wall Street Journal*, 9 de diciembre de 2014

⁶ Atkinson, “El impacto de la transferencia de tecnología de la información sobre la investigación y el desarrollo en EE. UU.”, 3

⁷ Atkinson, “El impacto de la transferencia de tecnología de la información sobre la investigación y el desarrollo en EE. UU.”, 8

⁸ El Consejo de la Industria de la Tecnología de la Información es una coalición industrial contra “la localización forzosa”: <http://www.itic.org/public-policy/forced-localization> (en inglés)

Sin embargo, las críticas recientes de la Defensora del Pueblo de la Unión Europea, Emily O'Reilly, acerca del secretismo del TTIP⁹, y la decisión de la Comisión de la UE de dar a conocer sus propuestas de texto para el TTIP¹⁰, así como la divulgación por parte de la UE de su proyecto de propuesta de compromisos y algunos documentos presentados relativos al TISA, muestra que el secretismo no es inevitable en las negociaciones comerciales actuales.

Este enfoque todavía tiene que propagarse al TISA en su conjunto y el debate informado sigue dependiendo de filtraciones como ésta y como la del borrador del capítulo relativo a los servicios financieros del 14 de abril de 2014 que se filtró en agosto de 2014.¹¹

La relación con otras negociaciones

Ciertos aspectos de las propuestas de EE.UU son casi idénticos al Acuerdo de Libre Comercio entre Corea y Estados Unidos (KORUS), que es el acuerdo de libre comercio (TLC) más reciente de EE. UU. Algunas disposiciones van mucho más allá del acuerdo KORUS o son totalmente nuevas.

Hay algunos cruces entre las propuestas de EE.UU relativas al comercio electrónico, la tecnología y los datos, y el capítulo del TISA referente a los servicios financieros, que contiene disposiciones relativas al suministro de servicios financieros transfronterizos (Art. X.8), y al procesamiento de datos y la transferencia de información (Art. X.11).¹² Una nota final sobre el documento filtrado de Estados Unidos dice que la aplicabilidad de las normas básicas a los servicios financieros sigue siendo objeto de estudio.

En ausencia de otra información, el texto también debería ser considerado como un indicio de la probable posición de EE. UU. en el TPP y el TTIP. EE. UU. presentó una propuesta relativa al comercio electrónico en la Organización Mundial del Comercio en diciembre de 2014, que era supuestamente similar a ésta que se ha filtrado.¹³

Contenido

El documento de EE. UU. propone 7 artículos:

- X.1 Presencia local
- X.2 Contenido local
- X.3 Tecnología Local
- X.4 Circulación de la información
- X.5 Redes abiertas, acceso y uso de la red
- X.6 Autenticación electrónica y firmas electrónicas

⁹ “La Defensora del Pueblo de la Unión Europea pide más transparencia para el TTIP” 31 de julio de 2014, *EurActive*, <http://www.euractiv.com/sections/trade-industry/eu-ombudsman-demands-more-ttip-transparency-303831> (en inglés)

¹⁰ “La comisión da un nuevo impulso a la transparencia del TTIP”, 19 de noviembre de 2014, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1201> (en inglés)

¹¹ Se puede acceder al texto relativo al capítulo sobre los servicios financieros y a un análisis preliminar en https://wikileaks.org/tisa-financial/index_es.html

¹² Se puede acceder al texto relativo al capítulo sobre los servicios financieros y a un análisis preliminar en https://wikileaks.org/tisa-financial/index_es.html

¹³ “El documento de EE. UU. sobre el comercio electrónico”, *Washington Trade Daily*, 1 de diciembre de 2014 (muro de pago)

X.7 Excepciones

Los Artículos X.1-4 y X.7 imponen las restricciones más onerosas sobre los gobiernos.

El Art. X.4 es el más potente y no contempla ningún tipo de reserva ni excepción. Los Artículos X.5-6 ofrecen mucha más flexibilidad, pero son los puntos de entrada de ideas controvertidas que pueden convertirse en obligaciones más rigurosas una vez que se establezcan como un precedente.

Las disposiciones individuales se discuten actualmente en términos de su objetivo, la norma en sí misma, las implicaciones prácticas, los aspectos jurídicos, cualquier limitación y excepción permitida, y los posibles escenarios.

Artículo 1: Presencia local

Objetivo

Uno de los aspectos de la “localización” es el requisito de que una persona o empresa que proporciona un servicio desde el extranjero tenga una presencia comercial local (como una agencia, sucursal o filial) o sea residente en el país. Esto se considera una obligación onerosa e innecesaria. También es visto como una forma de exigir que las empresas de EE. UU. lleven su tecnología y conocimiento al país, por ejemplo, constituyendo una empresa conjunta con una empresa local que entonces accede a la tecnología y a los conocimientos.

Norma

Esta norma es la misma que la del acuerdo KORUS (Art. 12.5 y 12.6). Dice que el hecho de contar con una presencia local no puede ser “una condición” para el suministro transfronterizo del servicio.

Aspectos jurídicos

Se plantean varios aspectos jurídicos:

- ***“Como una condición para la prestación transfronteriza de un servicio”*** implica que esta norma sólo afectaría a los servicios que requieren alguna forma de aprobación.

Muchos servicios en línea, tales como comercios, entretenimiento, algunas formas de educación o incluso asesoramiento en materia de salud son proporcionados sin aprobación previa y ya plantean algunos de los problemas mencionados anteriormente.

Un servicio en línea que en la actualidad no requiere autorización, si luego estuviera sujeto a aprobación, entonces se le debería aplicar esta norma.

Esta norma se aplicaría sin duda a los servicios que sólo pueden ser suministrados en el país por proveedores autorizados o registrados o por operadores con licencia, tales como contabilidad, derecho, medicina, ingeniería, servicios de asesoramiento financiero y servicios bancarios y de seguros.

- ***“Un proveedor de servicios [...] que sea residente”*** probablemente se extenderá a todos los elementos del proveedor, así como a su gestión. Esto

evitaría el requisito de que haya uno o más administradores residentes dentro del país.

- La **“Presencia comercial”** se define en el marco del AGCS como cualquier tipo de negocio o establecimiento profesional, incluso a través de una persona jurídica (una empresa, etc.), una sucursal o una oficina de representación.¹⁴

Limitaciones y excepciones

La disposición permitiría que cada país que formara parte del TISA limitara o matizara la aplicación de esta norma.

Sin embargo, un gobierno no puede simplemente enumerar el tipo de proveedores de servicios y los servicios que está dispuesto a someter a la norma. En lugar de ello, debe enumerar cualquier limitación, condición o requisito que quiera aplicar a los proveedores de servicios y a sus servicios en el futuro (una lista negativa). No está claro si las normas generales del TISA proporcionarían nuevas restricciones a los anexos de los gobiernos.¹⁵

Una lista negativa de limitaciones restringiría un país a los que nombró en el momento en que se concluyó el acuerdo (o en que se unió él). Las listas definitivas habrán estado sometidas a negociación con otros países que habrán intentado reducirlas. Será probablemente muy difícil añadir algo a la lista posteriormente y sería necesario realizar otras concesiones en otras áreas de servicios en caso de que se aprobaran nuevas restricciones en materia de comercio electrónico.

No obstante, el tipo de restricciones que un país cree que son necesarias para un determinado proveedor de servicios o servicio cambiarán con el tiempo, especialmente en el comercio electrónico, en donde surgen constantemente nuevos servicios y nuevos riesgos.

Ningún gobierno tiene una bola de cristal que le permita prever la necesidad de enumerarlas ahora – y otros gobiernos probablemente las rechazarían como innecesarias.

Implicaciones prácticas

Actualmente se prestan servicios a través de las fronteras principalmente por Internet, aunque los teléfonos y la entrega de correo tradicional todavía se usan. Las personas también viajan a otro país para utilizar un servicio.

Los gobiernos tienen muchas razones por las que quieren insistir en que un proveedor de un servicio extranjero tenga una presencia local, que no son únicamente de transferencia obligatoria de tecnología. Entre ellas se incluyen las siguientes:

- La aplicación de las normas de garantía de la calidad al proveedor y/o a sus actividades
- La aplicación de la legislación/los códigos en materia de protección de los consumidores al proveedor y/o a sus actividades
- La inspección y la supervisión del cumplimiento de estas obligaciones

¹⁴ AGCS Art. 28(d)

¹⁵ En el TPP se adopta el mismo enfoque.

- La acción legal civil por parte de los consumidores por el incumplimiento de estas obligaciones
- Las acciones de aplicación de la ley penal y civil por parte de las entidades estatales en caso de incumplimiento
- La ejecución de las órdenes para el cumplimiento, la compensación o las sanciones
- La pérdida fiscal debida a la exención del impuesto al consumo y del impuesto sobre la renta
- Los efectos en la competencia sobre las empresas locales por la exención del impuesto al consumo y sobre la renta y de los costes suplementarios relativos al mantenimiento de las instalaciones locales
- La disminución de las instalaciones locales presenciales
- La pérdida de oportunidades de empleo y formación locales
- Las salidas de capital y la falta de reinversión en las economías locales.

Ya es difícil para los gobiernos lograr esos resultados, especialmente cuando las empresas extranjeras pueden minimizar su presencia local legal y el capital que las respalda. Los consumidores ya se enfrentan a problemas cuando compran productos a través del comercio electrónico transfronterizo y cuentan con poca o incluso ninguna protección legal y práctica. Los gobiernos pueden e intentan reglamentar de manera más eficaz cuando hay una presencia local.

Imaginen que...

- Un gobierno no puede detener la pérdida de ingresos fiscales procedente de la exención del impuesto al consumo y del impuesto sobre la renta pidiendo que Amazon y Google tengan una presencia local, lo cual es un requisito para recaudar estos impuestos en algunos países.
- Un proveedor de servicios financieros extranjero proporciona un asesoramiento negligente o fraudulento a un ayuntamiento, que pierde una gran inversión. Si el proveedor está sujeto a la reglamentación del país de origen que no ofrece ninguna garantía de protección, ya que algunos países tienen una débil reglamentación con respecto a la tolerancia al riesgo – como descubrieron los inversores holandeses y británicos de Icesave cuando los bancos poco regulados de Islandia quebraron.
- Una empresa minera externaliza sus operaciones informatizadas a una empresa TI en el extranjero. El software falla o la empresa es negligente, lo que se traduce en una explosión que provoca enfermedades y daños a la propiedad. La compañía minera local puede ser considerada responsable por los daños a nivel nacional, pero no se pueden exigir responsabilidades a la compañía en el extranjero.
- La lectura de las radiografías se subcontrata a radiólogos en otro país. La lectura es incorrecta y el paciente sufre graves daños. El radiólogo puede haber sido negligente o haber tergiversado sus cualificaciones a su empleador extranjero. El paciente no dispone de medios para tomar medidas contra el radiólogo que se encuentra en el extranjero o contra su empleador porque la ley es débil, porque es demasiado costoso o difícil, porque el radiólogo no tiene el seguro requerido o la compañía de seguros no paga cuando el paciente está en el extranjero. Si el proveedor de servicios de salud local que confió en el

servicio es considerado responsable, dependerá de la legislación nacional, de las normas de su compañía de seguros y de los recursos del paciente para reclamar una indemnización.

Artículo X.2: Contenido local

Objetivo

Los requisitos de contenido local son otra forma de “localización” a la que se opone la industria estadounidense. EE. UU. quiere garantizar que los gobiernos no exijan que las empresas que prestan un servicio (desde medios de comunicación a comercios o TI) tengan que comprar o utilizar una parte de los bienes y servicios producidos a nivel local. Esto refleja la antigua oposición a los requisitos de contenido local en tanto que barreras al comercio de bienes y servicios. Con el aumento del uso de Internet como mecanismo de entrega, una exención de los requisitos convencionales de contenido local para las plataformas digitales significa que su impacto puede ser mermado sin tener que eliminarlos.

Norma

Un gobierno no puede exigir que un proveedor de servicios (extranjero o local) compre, use o dé preferencia a

- bienes producidos localmente o a locales que suministren bienes;
- contenido digital creado, producido, publicado, contratado o encargado en un país determinado (pudiendo ser cualquier país)
- contenido digital en base a la nacionalidad del autor, del intérprete, del productor, del diseñador o del dueño (de nuevo, pudiendo ser cualquier país)
- las instalaciones informáticas que se encuentran en su territorio
- los servicios de tratamiento informático o de almacenamiento que se suministran desde su territorio.

Un gobierno tampoco puede exigir que un proveedor de servicios de comercialización o de distribución de bienes o contenido digital compre, use o dé preferencia a

- los bienes producidos a nivel local;
- contenido digital creado, producido, publicado, contratado o encargado en un país determinado (pudiendo ser cualquier país)
- contenido digital en base a la nacionalidad del autor, del intérprete, del productor, del diseñador o del dueño (de nuevo, pudiendo ser cualquier país)

El gobierno no puede imponer o hacer cumplir tal requisito a un proveedor de servicios, o hacer cumplir una obligación o compromiso que el proveedor del servicio haya contraído a este respecto, o hacer que sea una condición para recibir una ventaja (como una subvención u otro beneficio).

Aspectos jurídicos

Esta disposición es una variación y ampliación de las normas para evitar que los gobiernos impongan requisitos de eficiencia a los inversores extranjeros, en el Art. 11.8 del acuerdo KORUS y en el capítulo dedicado a las inversiones (Art. 12.7) filtrado del TPP. Es importante señalar que estas disposiciones sólo se aplican a los inversores extranjeros.

Este suministrar el servicio o comprar los bienes para su distribución es mucho más importante.

La obligación se **aplica a todos los proveedores de servicios, incluso a las empresas privadas nacionales y a las empresas de propiedad estatal.**

Las normas se aplicarían a los **proveedores de servicios actuales y futuros** desde el momento en que el TISA entre en vigor.

Las restricciones se aplican **“en relación con el suministro de un servicio”**. Esto es de amplio alcance, ya que se aplica a todos los elementos directos e indirectos de la cadena de suministro de un servicio.

Las normas relativas al contenido digital (Art. X.2.1(a)(ii)) **impiden que un gobierno especifique de qué país debe proceder el contenido o su creador**. Esto se aplica a cualquier país (por ejemplo, con el que se tiene un acuerdo de coproducción de películas o que forma parte de un acuerdo de integración económica).

El Art. X.2.1(a)(ii) se aplica sólo al **contenido transmitido electrónicamente**. Esto permite que un gobierno pueda seguir imponiendo obligaciones de contenido local a la transmisión no digital, pero impide que los gobiernos puedan imponer el mismo requisito a cualquier proveedor de contenido transmitido electrónicamente o de plataformas en línea.

El Art. X.2.1(b)(ii) extiende **la misma norma a los comercializadores o distribuidores** de contenido transmitido electrónicamente, como Amazon y Kindle.

La norma relativa al contenido digital se aplica al contenido que está **codificado digitalmente** (fn1). EE. UU. ha sostenido durante mucho tiempo que el suministro electrónico de bienes tangibles y de servicios no TI debería estar regido por normas relativas a los servicios de comercio electrónico, informáticos y de telecomunicaciones. Esta propuesta ha sido especialmente complicada cuando los gobiernos han tratado de proteger el **contenido cultural** mediante normas específicas en los capítulos relativos a los bienes y servicios y protegerlo en sus listas de compromisos.

El Art. X.2.1(a)(iii) impediría que un gobierno pudiera **requerir que los dispositivos informáticos, incluso los servidores, estuvieran dentro de su territorio** y que el procesamiento de datos se realizara dentro del país.¹⁶ El Anexo

¹⁶ Esta prohibición es coherente con la declaración de la negociadora en materia de comercio electrónico de EE. UU., Christine Bliss, en un evento organizado por la Institución Brookings el 25 de septiembre de 2014, de que estaban negociando en el marco del TPP “una norma que prohíba el requisito de que los países exijan que los servidores se encuentren dentro de su propio territorio” y de que “también estamos promoviendo unos requisitos similares en el TISA”. (Véase el Artículo X.4 más abajo)

http://www.brookings.edu/~media/events/2014/09/25%20internet%20fracture/092514_inter_net%20fracture_transcript.pdf (en inglés)

13B del acuerdo KORUS y el Artículo X.11 del texto filtrado del TISA relativo a los servicios financieros contienen prohibiciones sobre la localización, pero sólo para los servicios financieros.

La inclusión de una prohibición sobre los requisitos de **guardar y procesar los datos localmente** (Art. X.2.1(a)(iii)) en una disposición que pretende referirse al contenido local reduce la visibilidad de esta prohibición.

Podría argumentarse que el Art. X.2.1(b)(i) es una restricción indirecta sobre los **indicadores geográficos**, ya que no se puede exigir a un comerciante o distribuidor que compre, utilice o ponga a disposición bienes de contenido nacional.

Limitaciones y excepciones

Como en el caso del Artículo X.1, los gobiernos pueden limitar la aplicación de estas obligaciones, pero deben utilizar un enfoque de **lista negativa**. Se aplican los mismos problemas mencionados anteriormente.

Hay un problema adicional que consiste en que una lista negativa supone que el contenido de la exención es conocido. Las **plataformas digitales futuras** son, por definición, desconocidas e incognoscibles, por lo que puede que no estén protegidas.

Eso dependerá de la forma que adopten los anexos. Algunos enfoques de lista negativa permiten dos anexos: uno para las medidas no conformes existentes, y otro para las excepciones a las normas. Sin embargo, el capítulo filtrado relativo a los servicios financieros del TISA proponía una norma de “statu quo” draconiana que haría que fuera imposible para los gobiernos conservar el derecho a adoptar nuevas reglamentaciones más restrictivas en el futuro. Un enfoque similar podría aplicarse al TISA en su conjunto.

Si los gobiernos no incluyen o no pueden incluir reservas que requieran el almacenaje de datos dentro de sus territorios, perderán el derecho a hacerlo en el futuro, incluso aunque no tengan esta obligación ahora.

El Artículo X.7 sugiere que EE. UU. rechazaría la aplicación de una **excepción cultural** a estas disposiciones (véase a continuación).

Los párrafos 2 y 3 proporcionan excepciones a medida para abordar las sensibilidades de EE. UU.:

- los niveles de contenido que son necesarios para que los bienes o servicios cumplan los requisitos para beneficiarse del fomento de las exportaciones y de los programas de ayuda exterior; y
- los requisitos de contenido (reglas de origen) que deben cumplir los bienes para aprovechar las ventajas de aranceles o cuotas preferenciales.

Implicaciones prácticas

Muchos países requieren que un proveedor de servicios, como por ejemplo cadenas de cine o medios de difusión (radio y televisión), incluya una proporción de contenido de servicios locales. Esto responde a fines culturales y sociales, tales como la promoción de la cultura, el idioma y la identidad, en especial de las culturas indígenas o minoritarias, así como al propósito de apoyar el sector

cultural local. Internet se está convirtiendo actualmente en el principal medio de difusión de contenidos, superando la retransmisión terrestre.

A un gobierno no se le permitiría extender las cuotas de contenido local que tiene para la difusión terrestre tradicional a la transmisión de contenidos e información a través de Internet¹⁷ con el fin de garantizar que estos beneficios no se vean mermados, incluso para la difusión pública a través de Internet – por ejemplo, los reguladores italianos decidieron a finales de 2010 imponer normas para las emisiones relativas a los sitios web de alojamiento de vídeos que incluían requisitos de contenido.¹⁸

Las entidades públicas de radiodifusión son especialmente vulnerables. Muchas están obligadas a dar un trato preferente al contenido local y están subvencionadas (reciben un beneficio) para hacerlo.

Una serie de partes negociadoras del TISA (no EE. UU.) forman parte de la Convención de la UNESCO para la Diversidad Cultural. La Convención consagra el principio de la complementariedad entre los aspectos económicos y culturales del desarrollo y menciona que “los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute”.¹⁹ Este artículo propuesto viola ese equilibrio.

A un comerciante de Internet como Amazon no se le podría pedir que pusiera a disposición productos culturales nacionales como una condición para la venta en el país.

Otras formas de comercio también se ven afectadas. Se puede pedir a los distribuidores que incluyan una proporción de productos locales, como a los supermercados que vendan una mezcla de frutas y hortalizas de cultivo local y extranjero, o a los hoteles que utilicen algunos alimentos y productos cosméticos locales.

Los gobiernos no podrán exigir que los servidores estén ubicados en su territorio. Esto plantea serias preocupaciones acerca de la capacidad de garantizar que la legislación nacional relativa a la protección de la privacidad y de la información médica, la no comercialización de la información personal y la protección de los consumidores se aplique a los datos personales o comerciales.

Un gobierno todavía puede exigir a un proveedor de servicios que haga ciertas cosas dentro de su territorio como condición para recibir una ventaja, como una

¹⁷ Esta restricción fue promovida por el Centro para la Democracia y la Tecnología, Comentarios relativos al Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP) propuesto, mayo de 2013, pág. 4 <https://www.cdt.org/files/pdfs/CDT-TTIP-Comments-5-10-13.pdf> (en inglés)

¹⁸ No está claro, a partir de los informes disponibles, si éstos abarcan el contenido local así como el tiempo de emisión de ciertos contenidos, pero una medida de este tipo podría abarcar ambas cuestiones. Véase Wendy Zeldin, “Italia: los sitios para compartir vídeos deben ser considerados por la ley como las cadenas de televisión”, *Library of Congress, Global Legal Monitor*, 13 de enero de 2011, http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205402469_text (en inglés), citado en Centro para la Democracia y la Tecnología, Comentarios relativos al Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP) propuesto, mayo de 2013 <https://www.cdt.org/files/pdfs/CDT-TTIP-Comments-5-10-13.pdf> (en inglés)

¹⁹ Denominada formalmente Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales 2005. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

subvención u otro tratamiento especial. Pero ésta es una lista cerrada de cinco condiciones posibles, lo que significa que no se pueden imponer otras condiciones. Las cinco condiciones son las siguientes:

- Localizar la producción en un determinado lugar
- Suministrar un servicio específico
- Formar o emplear trabajadores
- Construir o ampliar determinadas instalaciones
- Llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo.

Artículo X.3: Tecnología local

Objetivo

EE. UU. quiere garantizar que los gobiernos no puedan imponer obligaciones a las empresas que pongan en desventaja su control y beneficios comerciales procedentes de la propiedad intelectual y la tecnología y socaven su ventaja competitiva. La industria afirma que “la innovación mercantilista” en ámbitos tales como las TIC, las energías renovables y la biotecnología es anticompetitiva y constituye un robo.²⁰ La “transferencia obligatoria de tecnología” es una prioridad fundamental de la industria electrónica y de la tecnología de la información de EE. UU., la U.E. y Japón.²¹ La industria ha dejado claro que China es un objetivo primordial, pero no el único.²²

Norma

Un gobierno no puede requerir lo siguiente, si el objetivo es proteger o privilegiar sus servicios locales, sus proveedores de servicios o su tecnología:

- la transferencia de una tecnología o un conocimiento patentado particular a una persona o empresa local;
- comprar, usar o dar preferencia a la tecnología producida por el estado o sus ciudadanos, o
- impedir que una tecnología particular se compre o se utilice en el país.

Un gobierno no puede hacer cumplir un requisito o compromiso existente, o comprometerse a uno de este tipo, si tiene esta finalidad.

Aspectos jurídicos

Esta disposición complementa el **Artículo X.1**. Si un gobierno no puede exigir a un proveedor de servicios que tenga una presencia local (p. ej. una empresa conjunta con una empresa local), no puede imponer los requisitos para la transferencia de tecnología.

²⁰ <http://www.itif.org/publications/localization-barriers-trade-threat-global-innovation-economy> (en inglés)

²¹ Jimmy Goodrich, “La industria mundial de las TIC acuerda intensificar los esfuerzos conjuntos para luchar contra las medidas de localización forzosa”, 17 de octubre de 2014, <http://blog.itic.org/blog/global-ict-industry-agree-to-enhance-joint-efforts-to-tackle-forced-localization-measures> (en inglés)

²² Atkinson, “El impacto de la transferencia de tecnología de la información sobre la investigación y el desarrollo en EE. UU.” p.10 <http://www2.itif.org/2012-international-tech-transfer-testimony.pdf> (en inglés)

El ámbito de aplicación es amplio. Al igual que en el caso del Artículo X.2, abarca un requisito *“en relación con”* el suministro de un servicio, no sólo el suministro del servicio en sí mismo. Esto implicaría aportaciones a la actividad, investigación y desarrollo subyacentes, especificaciones tecnológicas y conocimientos.

No hay ninguna referencia a la naturaleza de la entidad a la que se aplica la norma. Por lo tanto, *se aplica a cualquier entidad, local o extranjera, estatal o privada.*

La norma relativa a la compra, el uso y preferencias por la tecnología local sólo se aplica cuando la motivación del gobierno para imponer o hacer cumplir dichos requisitos es *“ofrecer protección sobre la base de la nacionalidad”* a sus propios servicios, proveedores de servicios y tecnología.²³ Esto significa que el gobierno debe tomar estas medidas con el objetivo de lograr dicho resultado. Esto significa que si la otra parte se quejara tendría que demostrar que el proteccionismo es el objetivo del requisito.

Limitaciones y excepciones

Como en el caso del Artículo X.1, los gobiernos pueden limitar la aplicación de estas obligaciones, pero deben utilizar un enfoque de lista negativa. Se aplican los mismos problemas mencionados anteriormente.

Las licencias obligatorias se han visto como una táctica para transferir conocimientos técnicos y tecnología y como una forma indirecta de localización forzosa.²⁴ Las disposiciones del Artículo X.3 no se aplican cuando un gobierno ha autorizado el uso de una patente sin autorización del titular del derecho (licencia obligatoria o uso gubernamental), en virtud del Artículo 31 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la OMC. No obstante, esta disposición es de carácter restrictivo y el gobierno tiene que negociar una licencia voluntaria con el titular de los derechos, a menos que exista una crisis de salud pública o un uso público no comercial. Si las negociaciones no tienen éxito, el gobierno puede emitir una licencia obligatoria, sujeta a una indemnización adecuada.

El Artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrece protección para la “información no divulgada” contra las prácticas comerciales desleales. El Artículo 39.3 se refiere a un tipo específico de información no divulgada requerida por los gobiernos – determinadas pruebas y otros datos. En virtud del Artículo 39.3, la sociedad es el beneficiario final de la información que se presenta a las autoridades encargadas de la reglamentación; estas autoridades pueden divulgar la información para proteger el interés público, incluyendo la salud pública.

La disposición no proporciona suficiente refugio a los países. Para todas las salvaguardias del Acuerdo sobre los ADPIC que se apliquen, la disposición debería mencionar “salvo en los casos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC”. En caso contrario, necesitaría por lo menos enumerar más artículos, por ejemplo el Artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC (excepciones de los derechos conferidos),

²³ Esta disposición está básicamente copiada del capítulo filtrado del TPP relativo a la inversión (Art. 12.7.1h) <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2012/06/tppinvestment.pdf> (en inglés) y del Tratado de Inversión Bilateral Modelo de EE.UU (Art. 8.1h) <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

²⁴ <http://www.itif.org/publications/localization-barriers-trade-threat-global-innovation-economy> (en inglés)

el Artículo 44 (mandamientos judiciales) y el Artículo 66 (transferencia de tecnología a los países menos adelantados miembros).

Hay otra excepción (Art. X.3.2(b)), cuando los tribunales del país o la autoridad de defensa de la competencia han impuesto estos requisitos para remediar lo que se considera una práctica anticompetitiva en virtud de la legislación nacional. Sin embargo, en este Artículo, esto sólo se aplica a las cuestiones relativas a la transferencia de tecnología. Las quejas de que entidades como Google son demasiado grandes y necesitan dividirse no son relevantes para estas normas. Puede que haya algunas otras normas en el TISA relativas a la competencia nacional, pero no se sabe.

Implicaciones prácticas

El acceso a la tecnología es importante para el desarrollo económico y social general. Los países desarrollados se oponen a lograr este objetivo mediante disposiciones de concesión de licencias obligatorias sobre la base de que los países en desarrollo deberían depender de la transferencia de tecnología. Sin embargo, esta disposición limitaría su capacidad de requerir transferencia de tecnología.

La transferencia de tecnología se produce especialmente en ámbitos tales como la mitigación del cambio climático y la adaptación a éste, donde los países necesitan crear tecnologías propias, como se reconoce en la Convención Marco sobre el Cambio Climático.

El grupo de presión del sector y sus defensores argumentan que los países no deberían tomar atajos utilizando “la transferencia obligatoria de tecnología” para alcanzar el mismo nivel de I+D y de desarrollo tecnológico que otros países han logrado.

China está acusada de este tipo de prácticas en ámbitos tales como la tecnología de la información, el transporte aéreo, la generación de energía, el tren de alta velocidad, las ciencias agrícolas y los vehículos eléctricos.²⁵ Por un lado, se acusa a China de usar tecnologías sucias, por el otro, no se le permite acelerar el desarrollo de alternativas.

Otros ejemplos incluyen:

- Portugal requiere que las empresas eólicas que deseen acceder a su mercado se asocien con una universidad local para llevar a cabo investigaciones en materia de tecnología limpia;
- La política oficial de Malasia de “utilizar la contratación pública para tratar de forzar la transferencia de tecnología de las empresas extranjeras a las nacionales”; y
- El requisito de Indonesia de que las compañías farmacéuticas extranjeras fabriquen localmente o deleguen en una empresa registrada en Indonesia como fabricante para obtener la autorización de los medicamentos en el país.²⁶

²⁵ Atkinson, “El impacto de la transferencia de tecnología de la información sobre la investigación y el desarrollo en EE. UU.”, p. 6

²⁶ Atkinson, “El impacto de la transferencia de tecnología de la información sobre la investigación y el desarrollo en EE. UU.”, p. 8

Artículo X.4: Circulación de la información

Objetivo

EE. UU. quiere garantizar que cualquier empresa pueda entrar y sacar sus datos hacia y desde otros países, procesarlos y almacenarlos dentro o fuera del territorio de esos países. Esto significa que un gobierno no puede exigir que los datos sean almacenados o procesados dentro de su territorio.

Norma

Un gobierno no puede impedir que un proveedor de servicios de otro país TISA transfiera, acceda, procese o almacene información en su país o en cualquier país del mundo, cuando estas actividades están conectadas con la actividad del proveedor de servicios.

Aspectos jurídicos

Esta propuesta es mucho más amplia que la del acuerdo KORUS (Art. 15.8), que exige que las partes **“procuren** abstenerse de imponer o mantener barreras **innecesarias** a los flujos de información electrónica entre las fronteras”. Al parecer, el TPP va más lejos y dice que las partes **deberán** abstenerse de imponer o mantener barreras **innecesarias** a los flujos de información electrónica entre las fronteras, lo cual es una obligación directa del TPP.²⁷ Esta disposición va aún más lejos, al imponer una prohibición estricta.

La transferencia, el procesamiento, etc. de los datos tiene que llevarse a cabo **“en relación con el desarrollo de la actividad de los proveedores de servicios”**. Como se ha señalado anteriormente, esto puede ser una contribución o un imponderable para la actividad. “La actividad de los proveedores de servicios” significa todo lo relacionado con el negocio, incluso su funcionamiento como un negocio, y no sólo el “servicio” o el “suministro del servicio”. Muy pocas transacciones de datos no entrarían en el marco de esta amplia formulación.

Los datos incluyen de manera explícita **“la información personal”**. La disposición de exención X.7 no contiene protecciones de la privacidad. Si esto se adoptara en el TISA en relación con el capítulo del comercio electrónico, presumiblemente excluiría la aplicación de cualquier disposición relativa a la protección de la privacidad en la exención general. En cualquier caso, la protección de la privacidad en la excepción general del AGCS es débil y se anula a sí misma.

El gobierno no puede **impedir que los datos se almacenen o procesen** en otro país. Hay dos interpretaciones posibles. Una de ellas es que un gobierno no puede impedir que un proveedor de servicios transfiera, procese y almacene datos en el país de su elección, incluso aunque no cumpla ninguna condición que el país de origen podría imponer con respecto a la protección aceptable de la información. Es probable que éste sea el significado de las intenciones de EE. UU.

Una interpretación menos convincente interpretaría **“impedir”** como una acción concluyente. El hecho de especificar una lista de países a los que se pueden enviar los datos no significa “impedir” su circulación hacia el exterior, sino simplemente

²⁷ Bliss

http://www.brookings.edu/~media/events/2014/09/25%20internet%20fracture/092514_inter_net%20fracture_transcript.pdf (en inglés)

establecer las condiciones en las que las ubicaciones extraterritoriales son aceptables. Este enfoque permitiría a un gobierno restringir los países en los que se pueden ubicar los datos, o exigir la existencia de un mínimo de protección jurídica en dicho país, como la Directiva de la UE sobre protección de datos. Sin embargo, esta interpretación no es probablemente lo que pretende EE. UU.

La lista de actividades no incluye **el uso comercial o la venta**. El término más próximo es “procesamiento”²⁸, y la definición en la Directiva de la UE sobre protección de datos no incluiría el uso comercial o la venta.

Tal como se indica anteriormente, los Artículos X.2 y X.4 se complementan mutuamente. El Art. X.2 dice que un gobierno no puede exigir servidores locales y el Art. X.4 dice que el gobierno no puede impedir la circulación de datos o su procesamiento o almacenamiento local.

La disposición guarda silencio sobre las cuestiones relativas a **la privacidad y la protección de datos**.

Excepciones

Esta disposición no está sujeta a las excepciones previstas en el Artículo X.7 ni a ninguna condición, limitación o requisito previsto. Tampoco existe ninguna posibilidad de designar un cierto tipo de datos, como la información sanitaria, como una excepción. **Parece que no se permite ningún tipo de excepción.**

Como se señala más adelante, no existe una referencia equivalente a la privacidad en el Artículo X.7 como la que figura en el Artículo XIV del AGCS. Sin embargo, esto es irrelevante, ya que el Artículo X.7 no se aplica al Artículo X.4.

Un gobierno tendría que confiar en **cualquier excepción general que pueda existir** en el TISA relativa a la protección del consumidor, la privacidad, el fraude o la seguridad nacional. Todas salvo la excepción relativa a la seguridad nacional, son débiles y están sujetas a condiciones que son extremadamente difíciles de satisfacer.

Implicaciones prácticas

No se puede requerir que los datos se almacenen a nivel local.

Si se asume la primera interpretación jurídica de “impedir que los datos se almacenen”, la directiva de la UE relativa a la privacidad quedaría sin efecto. La segunda interpretación significaría que la UE podría requerir que la información personal solamente se almacenara en países seguros o que estuvieran en conformidad con los principios de puerto seguro, de modo que todavía podría aplicarse.

Si la segunda interpretación es incorrecta, entonces un gobierno no tendría la capacidad de imponer ninguna restricción para detener la transmisión o el almacenamiento de datos en países que tienen una escasa protección de datos y de

²⁸ Directiva de la UE 95/46/CE – La Directiva relativa a la protección de datos, Artículo 2 - definiciones (b) “tratamiento de datos personales” (“tratamiento”) cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción;

la privacidad o carecen de ella, o que tienen una amplia legislación relativa a la seguridad nacional que permite acceder fácilmente a los datos en su territorio.

Un gobierno también podría impedir que un proveedor de servicios vendiera datos, incluso información personal, a anunciantes y a otros terceros usuarios.

Artículo X.5: Redes abiertas, acceso y uso de la red

Objetivo

EE. UU. propone abrir las normas de Internet, pero quiere dar espacio legal a los proveedores de servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés) para que administren Internet según las preferencias y los intereses comerciales de los ISP.

Norma

Los consumidores locales deben ser capaces de

- acceder a cualquier servicio y aplicación de Internet, sin perjuicio de una gestión razonable de la red;
- conectar cualquier dispositivo que deseen, con tal de que no dañe la red; y
- tener acceso a la información relativa a las prácticas de gestión de la red de aquellos que suministran su acceso a Internet.

Observaciones jurídicas

Esta es una obligación sencilla, redactada en un lenguaje de **“reconoce”** que los consumidores **“deberían”** ser capaces de hacer estas cosas. Pero lo que empieza como una obligación sencilla es un punto de entrada que con el tiempo crea un precedente, que puede hacerse progresivamente más oneroso.

La **“gestión razonable de la red”** es un código para que se haga una excepción a la **“neutralidad de la red”**, según la cual todo lo que hay en Internet es tratado de la misma manera. No hay ninguna orientación sobre el significado de “gestión razonable de la red”. El concepto fue muy controvertido cuando la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos (FCC, por sus siglas en inglés) lo propuso en EE. UU. La FCC dice que “consiste en prácticas que son razonables”, lo cual es un sentido vago y circular que podría dar el visto bueno a cualquier cosa que el operador de la red quiera hacer.²⁹ El término “gestión razonable de la red” no se utiliza en la disposición equivalente del acuerdo KORUS.

“Conectar una variedad de dispositivos a Internet que no dañen la red” forma parte de un conjunto de principios relativos a la Internet abierta emitidos por la FCC en 2005.³⁰

El Art. 15.7(d) del acuerdo KORUS dice que los consumidores deberían tener **acceso a la competencia** entre los proveedores. Ésta no es la propuesta de EE. UU. para el TISA. Sin embargo, es probable que la competencia se aborde en otro

²⁹ Unas normas claras para la gestión razonable de la red, disponible en <http://www.savetheinternet.com/blog/10/01/20/clear-standards-reasonable-network-management> (en inglés)

³⁰ Véase, la Comisión Federal de Comunicaciones aprueba una declaración de política, Nuevos principios preservan y promueven el carácter abierto e interconectado de la red pública de Internet, 2005, disponible en https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-260435A1.pdf (en inglés)

apartado del TISA. En cambio, el Artículo X.5(c) dice que los consumidores tienen derecho a recibir *información sobre las prácticas de gestión de la red* de sus proveedores de Internet.

Excepciones y limitaciones

El Artículo X.7 no se aplica a esta disposición. Sin embargo, la obligación es sencilla, y está explícitamente sujeta a las leyes y reglamentaciones nacionales aplicables.

Implicaciones prácticas

La neutralidad de la red es un tema debatido y controvertido en EE. UU., la UE y en otros lugares, y es actualmente objeto de debate interno en estos países. La inclusión del término opaco “gestión razonable de la red” en la disposición del TISA trata de eludir este debate. Internet debe permanecer abierto y neutral para mantener su carácter innovador, mejorar el acceso al conocimiento y la libertad de expresión.

Por lo tanto, los principios de apertura y neutralidad requieren una protección especial. Los proveedores de servicios de Internet tienen incentivos económicos para promover sus propios productos y servicios degradando la experiencia de los productos y servicios competidores, a menos que estén limitados por mecanismos de reglamentación. La sumisión del acceso de los consumidores, del uso de los servicios y aplicaciones a una “gestión razonable de la red” puede socavar los principios de apertura y neutralidad.

La “gestión razonable de la red” no es un concepto puramente técnico (y en cualquier caso técnico nunca es neutral). Por otra parte, las condiciones bajo las cuales la gestión de red podría ser considerada razonable, y quien lo determina, no están especificadas y ello implica que se podría dejar tomar esta decisión a los proveedores de servicios de Internet. No hay ningún requisito de que la infraestructura del interés público y el interés del consumidor sean factores relevantes a la hora de definir el término “razonable”.

Artículo X.6: Autenticación electrónica y firmas electrónicas

Objetivo

EE. UU. quiere minimizar las restricciones relativas al uso de las firmas electrónicas y las transacciones electrónicas.

Norma

Un gobierno no puede negar la validez jurídica de una firma por el mero hecho de que sea electrónica.

Un gobierno no puede introducir requisitos para la autenticación o mantener los existentes que impidan a las partes la realización de una transacción electrónica decidiendo por sí mismo cuál es la mejor manera de autenticar una transacción.

Un gobierno tampoco puede impedir que las partes que realizan una transacción electrónica demuestren a los órganos judiciales o administrativos que su transacción cumple con la ley relativa a la autenticación.

Observaciones legales

Las normas de aceptación de las firmas electrónicas son sólidas por sí mismas, pero un gobierno puede apartarse de ellas mediante disposiciones en su legislación nacional.

Esta propuesta supone un paso atrás con respecto al Art. 15.4 del acuerdo KORUS, porque toda la disposición está sujeta a la legislación nacional.

El Art. 15.4.3 del acuerdo KORUS también permite el establecimiento de normas de actuación para la autenticación y la obligación de certificación por parte de una autoridad acreditada, pero sólo en caso de que una medida esté sustancialmente relacionada con el logro de un “objetivo gubernamental legítimo”.

Excepciones

Las legislaciones nacionales pueden impedir o limitar el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas como válidas.

Un gobierno puede seguir exigiendo que una “determinada categoría de transacción” cumpla ciertas normas de actuación o sea certificada por una autoridad acreditada en el marco de la legislación nacional. No hay ningún indicio de lo que podría ser una categoría y, por lo tanto, ninguna limitación a su alcance. No está claro si puede haber más de una de estas categorías.

Incluso la excepción débil y circular con respecto al fraude en el Artículo XIV del AGCS no está incluida en el Artículo X. 7.

Artículo X.7: Excepciones

Objetivo

EE. UU. ha facilitado el alcance mínimo y la flexibilidad para que los gobiernos limiten sus obligaciones en virtud de esas propuestas reduciendo el alcance de las excepciones normales.

Normas

Las tres “excepciones” se aplican a las disposiciones relativas al contenido local (Art. X.2) y a la tecnología local (Art. X.3).

- Las normas propuestas sólo se aplican a las obligaciones, compromisos, promesas y requisitos específicos mencionados en ellas.
- Una obligación, compromiso, promesa o requisito entre partes privadas todavía puede aplicarse siempre que el gobierno no lo haya impuesto o requerido.
- Un gobierno puede todavía adoptar o mantener una medida existente vinculada a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables, pero sólo si no se trata de una forma “enmascarada” de restringir las transacciones internacionales de servicios o no se aplica de una “forma arbitraria o injustificable”.

Una cuarta excepción protege el derecho de un gobierno a adoptar cualquier medida que estime necesaria para proteger sus intereses esenciales de seguridad.

Aspectos jurídicos

Al especificar una excepción que se aplica a estas normas, EE. UU. tiene el claro objetivo de excluir **la aplicación de cualquier excepción general** a estas reglas. Esto es incompatible incluso con anteriores tratados de libre comercio (TLC) de

EE. UU., en los que el capítulo relativo al comercio electrónico imponía obligaciones menos importantes para los países. Por ejemplo, el capítulo relativo al comercio electrónico del acuerdo KORUS está sujeto a la excepción general utilizada en el AGCS.

La UE también ha propuesto la adopción en el TISA de la excepción general prevista en el AGCS. No obstante, esta excepción general estándar está sujeta a los requisitos de “necesidad”, que no suponen una “discriminación arbitraria o injustificable” ni una “restricción encubierta del comercio de servicios”, lo cual establece un umbral que casi nunca se ha rebasado.³¹

El **ámbito de aplicación del Artículo X.7 es mucho más limitado** que la excepción general en el marco del AGCS o de los TLC de EE. UU. El Artículo XIV del AGCS permite una flexibilidad limitada a los gobiernos para medidas:

- Necesarias para proteger la **moral pública** o para mantener el **orden público**;
- Necesarias para proteger **la vida o la salud humana, animal o vegetal**;
- Necesarias para asegurar el cumplimiento de las leyes o reglamentaciones *que no sean incompatibles con el acuerdo* (una frase que hace que este párrafo se anule efectivamente a sí mismo) relativas a
 - las prácticas engañosas y **fraudulentas** o al incumplimiento de los contratos de servicios,
 - la protección de la **privacidad de los individuos en relación con el procesamiento y la divulgación de datos personales y la protección de la confidencialidad de los registros y cuentas individuales**,
 - y la seguridad;
- La equidad tributaria y evitar la doble tributación.³²

La excepción prevista en el Artículo X.7 se aplica sólo **a la conservación de los recursos naturales vivos y no vivos agotables**. La carga de la prueba recae en el gobierno que la invoca. Está sujeta a requisitos adicionales que no se utilizan de una forma arbitraria o injustificable o que no son una restricción encubierta del comercio de servicios.

El Artículo X.7 sólo se aplica a los Artículos X.2 relativo al contenido local y X.3 relativo a la tecnología local. Esto significa que este nivel mínimo de flexibilidad se proporciona para esas disposiciones, pero **no hay una flexibilidad equivalente para las normas relativas a la presencia local y a la circulación de información**. Los gobiernos deberían basarse en sus anexos o en la excepción por motivos de seguridad nacional.

Las normas relativas a **las redes abiertas y a la autenticación electrónica están sujetas a la legislación nacional**.

El Artículo X.4 no prevé limitaciones o reservas. **La única excepción para la circulación de la información se refiere a la seguridad nacional**.

³¹Public Citizen. “Sólo uno de 40 intentos de utilizar el Artículo XX del GATT/Artículo XIV del AGCS “Excepciones generales” ha resultado exitoso: el hecho de repetir la misma construcción lingüística de la excepción de la OMC no proporcionará una excepción general eficaz en el marco del TPP” <https://www.citizen.org/documents/general-exception.pdf> (en inglés)

³² Las limitaciones de esta excepción no se discuten aquí.

La excepción por motivo de seguridad nacional es de naturaleza discrecional.
EE. UU. se ha negado a someterse a cualquier discrepancia que haya cuestionado el uso de una disposición similar, pero más débil, en el marco del GATT y en la OMC.