

CAPÍTULO DÉCIMO	
SERVICIOS Y REGLAS DE ORIGEN	245
I. Introducción	245
II. Definición	246
III. Características	246
IV. Distinción entre bienes y servicios	247
V. Transacción internacional de los servicios	250
VI. ¿Es posible formular reglas de origen para el comercio de servicios?	252
VII. ¿Por qué la necesidad de establecer reglas de origen para servicios?	252
VIII. Criterios aplicables	254
1. Criterio personal	255
2. Criterio económico	258
IX. Disposiciones relacionadas con el origen de los servicios en los procesos de integración de América Latina	259
1. Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC	259
2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte	260
3. Grupo de los Tres	261
4. Comunidad Andina	262
5. Mercado Común del Sur (Mercosur)	263
X. Consideraciones finales	264

CAPÍTULO DÉCIMO

SERVICIOS Y REGLAS DE ORIGEN

I. INTRODUCCIÓN

El comercio internacional es una sorprendente caja de pandora. Su constante evolución, propiciada por el acercamiento comercial entre las naciones, genera nuevos fenómenos jurídico-económicos que requieren una regulación acorde con las circunstancias económicas imperantes.

Las reglas de origen en el sector terciario²⁵² emergen de la necesidad, en las relaciones comerciales mundiales, de atribuir origen a una amplia gama de servicios, dada su relevancia cada vez más prominente frente a la terciarización de las economías.²⁵³

Pero, ¿será posible implantar en el sector terciario las reglas de origen aplicables a las mercancías? La respuesta no es fácil. Sobre todo por la

²⁵² Dorothy I. Riddle analiza la problemática conceptual resaltando que se ha calificado el sector servicios como terciario, residual o posindustrial y que estas calificaciones son consideradas “falacias perpetuadas”. Efectivamente, dichas conceptualizaciones se dieron en otro tiempo, cuando aún no se consideraban los servicios como factores determinantes en las transacciones internacionales. En 1935 Fisher Clark inventó el término *terciario* para designar el sector servicios, utilizándolo como paralelo a los términos *primario* y *secundario* cuando éstos eran usados en Australia y Nueva Zelanda al referirse respectivamente a los sectores de agricultura, pastoral y manufacturero. Desafortunadamente, el término terciario hace pensar que estos servicios son en la actividad económica de menor importancia, o sea, terceros en importancia. La intención de Fisher fue señalar un tercer grupo de actividad económica en adición al segundo, tradicionalmente analizado por los economistas, considerando que se ha denominado sector primario a la agricultura, pesca, caza, silvicultura y minería. Hernández, Laura, *Comercialización internacional de los servicios en México*, México, Mc Graw-Hill, 1998, p. 3.

²⁵³ La terciarización de las economías —entendida como el dinámico crecimiento de las actividades prestadoras de servicios y de sus funciones en las primarias y secundarias— es un hecho. A este proceso también se le ha dado el nombre de *softnomization* como contrapuesto a la producción de bienes tangibles. Luna Calderón, Manuel, *Comercio de servicios: contribuciones al debate internacional*, México, Centro de Investigaciones y Docencia Económica (CIDE), 1989, p. 21.

compleja naturaleza de los servicios, así como por su relación con otros factores, como la inversión extranjera, transferencia de tecnología, mercados internacionales de capital, entrada temporal de personas, etcétera. No obstante, en este capítulo se esbozarán algunos lineamientos generales para responder esa interrogante. Se expone así un breve análisis de los servicios, para después estudiar las reglas de origen de los denominados “invisibles”.

II. DEFINICIÓN

Múltiples autores han definido lo que debe entenderse por “servicios” a partir de criterios diversos, sin llegar a una definición unívoca.

Se debe tomar en cuenta que los servicios son actividades cien por ciento económicas, pues son producidos, intercambiados y consumidos por el hombre (objeto material de la ciencia económica) para satisfacer sus necesidades.

Considerando lo anterior, los servicios se definen como actividades económicas que dan origen a intangibles o inmateriales de distintos grados de complejidad –determinados por el contenido de conocimientos que impliquen o conlleven–, que no son generados por la agricultura, minería o industria y que participan directa o indirectamente en la producción o consumo de bienes físicos o manufacturas.²⁵⁴

III. CARACTERÍSTICAS

La complejidad del sector terciario deviene de sus características, pues al hablar de servicios se alude principalmente al conocimiento humano que genera información.

Efectivamente, el *conocimiento* es una característica fundamental de los servicios, ya que de éste se desprende su existencia. Por este motivo se ha dicho que el comercio de servicios revalúa el papel del hombre frente a las máquinas. Hoy se advierte el tránsito de una sociedad productora de bienes a otra productora de conocimientos; de una meta de producción de gran volumen a otra que busca generar mayor valor (conocimiento-valor); de la competencia por el capital, la fuerza de trabajo

²⁵⁴ Hernández Ramírez, Laura, *op. cit.*, nota 251, p. 7.

o los recursos naturales a la competencia por el conocimiento y la calidad como llave de acceso a los mercados.²⁵⁵

Como el conocimiento se traduce en servicios y es *intangible*, tales actividades económicas también gozan de esa característica. ¿Cómo es posible su comercialización si son inmateriales? La respuesta es sencilla: todo comercio de servicios no tan sólo nacional sino internacional, está vinculado con el movimiento nacional o internacional de personas, información, dinero o bienes.²⁵⁶ Por tal razón, se relacionan con la entrada temporal de profesionales de negocios, inversión, presencia local, propiedad intelectual, servicios financieros, transferencia de fondos, etcétera.

Otro rasgo básico de los servicios es la simultaneidad de su producción y su consumo, lo que no se explica por su carácter perenne, sino por la imposibilidad de sus prestadores de acumularlos, lo cual implica que las compañías de servicios deben conservar una mayor capacidad ociosa —en comparación con la manufacturera— en términos de factores de producción. Es dicha simultaneidad la que impide tanto al prestador de un servicio escoger localización y/o periodo óptimo de producción, como al consumidor demandarlo cuando se produce en óptimas condiciones.²⁵⁷

Los servicios *no son almacenables*, toda vez que son adquiridos por los consumidores conforme son producidos, salvo algunas excepciones, como en el caso de los servicios cinematográficos, cuyo producto son las películas.

Asimismo, al no ser almacenables en razón de su intangibilidad y simultaneidad, *tampoco son transportables*.

IV. DISTINCIÓN ENTRE BIENES Y SERVICIOS

En contraposición a los servicios, los bienes son tangibles, almacenables y transportables.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 8.

²⁵⁶ Con el fin de volverse comercializables, los servicios deben aplicarse a personas, información, dinero o bienes que provean los medios para su transferencia de un país a otro, o deben utilizarse para movilizar personas, información, dinero o bienes de un país a otro. Feketekuty, Geza, *Comercio internacional de servicios, panorama general y modelo para las negociaciones*, trad. Ana I. Stellino, México, Gernika, 1990.

²⁵⁷ Luna Calderón, Manuel, *op. cit.*, nota 253, p. 10.

En todo caso, a pesar de la flexibilidad de los elementos de definición de los servicios, dadas sus características, estos últimos son presentados en el momento en que el cliente decide consumirlos, y es, entonces, cuando adquieren valor. Un bien, en cambio, posee un valor intrínseco aun si es almacenado. Así, un servicio laboral es trabajo que no se materializa en un producto específico; normalmente no es reproducible por otros trabajadores e involucra una transacción única entre productor y consumidor. Esta distinción entre lo intangible de los servicios con la materialidad de los bienes ha llevado en ocasiones a tratar de definir la categoría de los servicios en contraste con los bienes aplicando criterios residuales por el lado no del consumo sino de la producción, pues se considera que todos los bienes, a fin de cuentas, prestan un servicio al ser consumidos, esto es, son útiles. Por lo tanto, la distinción entre bienes y servicios debería apoyarse más en la producción que en el consumo.²⁵⁸

En algunas ocasiones, la prestación de servicios significa el empleo de bienes en el comercio internacional; de hecho, los bienes son creados a través de los servicios, los que pueden adoptar diversas modalidades, como diseño, venta, extracción, etcétera; es decir, parten del conocimiento e invención del hombre (salvo los recursos naturales utilizados como insumos o materias primas) y son fabricados por el hombre mismo a través de maquinarias, herramientas o cualesquiera otros instrumentos manufacturados por él.

¿Qué determina el origen de la prestación del servicio?, ¿el bien por ser indispensable para la prestación del mismo; el servicio por ser éste la esencia de la prestación, o ambos? Hasta el momento, toda prestación de los servicios que comprenda bienes, es decir, que bienes y servicios sean adquiridos en forma simultánea o utilizados en la producción de un servicio, constituye un serio problema para el comercio internacional en la determinación del origen de su prestación.

Se debe tener en cuenta que a lo que debe atribuirse origen no es al servicio en sí, sino al proceso de su producción, que se traduce en la prestación,²⁵⁹ donde el hombre emerge como el factor principal.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ Con base en los planteamientos de Hill, “un servicio puede ser definido como un cambio en la condición de una persona o de un bien perteneciente a alguna unidad económica, lo cual es resultado de la actividad de alguna otra unidad económica”. De ahí que sea importante distinguir entre el proceso de producción de un servicio —la actividad que afecta a cierta persona o bien físico— y el cambio operado en la persona o cosa afectada. Luna Calderón, Manuel, *op. cit.*, nota 253, p. 10. Es importante destacar que tal

El término prestación se ha consolidado precisamente como objeto de la obligación consistente en dar o hacer una cosa; es decir, como objeto o contenido de un deber jurídico.²⁶⁰

La naturaleza jurídica de la prestación del servicio es entonces hacer una cosa a la cual se está obligada en virtud de un deber jurídico que emana de una transacción mercantil.

La complejidad de algunos servicios, al igual que el empleo de bienes en su producción, obligan a considerar los tangibles dentro del origen, ya que con ello se puede alentar o desalentar el desarrollo de sectores, industrias y cadenas productivas de un país determinado.

El empleo de bienes en el sector servicios tiene dos vertientes básicas a considerar:²⁶¹

Servicios que implican un bien. En algunos casos, bienes y servicios serán adquiridos de forma simultánea (en un restaurante o en la venta de un bien duradero con garantía, e incluso en algunas modalidades del contrato de construcción).

En los sistemas informáticos,²⁶² el servicio se podría considerar como un complemento del bien; en caso contrario, el bien como complemento del servicio se podría ejemplificar con el *marketing*,²⁶³ considerado como un sistema total de actividades empresariales encaminado a planificar, fijar precios, promover y distribuir productos y servicios que satisfagan las necesidades actuales y potenciales.²⁶⁴

definición no es la más adecuada para conceptualizar los servicios, pues indudablemente también un bien puede efectuar un cambio en la condición física de una persona o de un bien perteneciente a ella. Lo notable de este concepto estriba en la relevancia que da al proceso de producción de un servicio, que se traduce en la prestación.

²⁶⁰ Ramirez Reynoso, Braulio, “Prestaciones”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrúa, 2002, p. 2986.

²⁶¹ Pese a que estas modalidades son señaladas por Edurne Navarro Varona en su libro ya citado, dicho autor sólo identifica el problema describiendo algunos ejemplos de cada vertiente. Sin embargo, este análisis propondrá algunos lineamientos que deben tomarse en cuenta en materia de reglas de origen.

²⁶² El servicio como un complemento del bien, ejemplificado con los sistemas informáticos, encuentra su fundamento en R. B. Potter y S. M. Lussenburg, “USA/ Canadá Free Trade Agreement and Trade in Services: A Timorous First Step or a Bold New Stope?”, *Review of International Business Law*, 1988, p. 126. Citado por Navarro Varona, Edurne, *op. cit.*, nota 12, p. 184.

²⁶³ El *marketing*, como resultado de las nuevas técnicas de comercialización, es un claro ejemplo de la intangibilidad de los servicios.

²⁶⁴ Navarro Varona, Edurne, *op. cit.*, nota 12, p. 184.

“El conflicto en este rubro radica en la necesidad de considerar bienes y servicios independientemente o como una unidad”,²⁶⁵ lo que dependerá del grado de complejidad del servicio y del tipo de bienes consumidos simultáneamente, así como de los intereses de los productores de éstos.

Bienes utilizados en la producción de un servicio. Un ejecutivo de publicidad que crea un comercial televisivo para un cliente extranjero; un taxista que lleva a un empresario a un hotel; un médico que opera a un paciente extranjero, etcétera, todos estos ejemplos de importación y exportación de servicios utilizan bienes indispensables para su proceso de producción, como programas de diseño, computadoras, vehículos, instrumental médico, etcétera. Determinar su origen dependerá de diversos criterios. Por ejemplo, en los servicios que preste un ingeniero cuyo resultado sea la construcción de un puente, podríamos considerar, además de los intereses de los productores correspondientes, el origen de la maquinaria (tractores, camiones), varilla, cemento, grava y demás materiales. Sin duda alguna, aunque la esencia del servicio son los conocimientos del ingeniero, el resultado de éstos no podría materializarse sin el empleo de los bienes.

V. TRANSACCIÓN INTERNACIONAL DE LOS SERVICIOS

En los últimos 18 años los invisibles han cobrado mayor importancia en las transacciones internacionales, en las cuales los países industrializados ocupan una posición dominante.²⁶⁶ Este proceso de terciarización del comercio, que halla su causa original en el propio proceso de transformación de la industrialización, se hace más notorio a finales de los años setenta.²⁶⁷ Así, en 1982, al insistir Estados Unidos en la necesidad

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ Se calculaba que a principios de la década de los noventa 80% de las exportaciones y 70% de las importaciones mundiales eran de invisibles. Luna Calderón, Manuel, *op. cit.*, nota 252, p. 33.

²⁶⁷ Así, mientras que de 1970 a 1980 todavía los invisibles exhibían tasas de crecimiento menores a las del comercio de mercancías, dados los incrementos del precio del petróleo (que expandían el valor de las transacciones en mercancías) y las inadecuaciones para dinamizar el comercio de invisibles (bajo grado de comerciabilidad, ausencia de reglas internacionales para enfrentar el proteccionismo), por no mencionar los problemas de su medición en la década de los ochenta, hay indicios de que la desaceleración del comercio mundial ha impactado menos a los servicios que a las mercancías.

de liberalizar el comercio internacional de servicios en un foro donde se discutía la reducción de barreras proteccionistas al comercio de manufacturas, se toma conciencia de su importancia dentro de los sistemas nacionales.

La llamada industria de servicios se ha desarrollado principalmente por el cambio de estructura industrial en las economías y el avance tecnológico, que ha dado lugar a una explosión de nuevos servicios en el campo del procesamiento de datos y las telecomunicaciones,²⁶⁸ permitiendo a los invisibles jugar un papel trascendental en las transacciones mundiales.

Saber identificar cuándo existe una transacción internacional de servicios es importante para poder atribuirle origen a un determinado servicio.

El acuerdo multilateral de la OMC, denominado Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, establece:

A los efectos del presente acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:²⁶⁹

- a)* del territorio de un miembro al territorio de otro miembro;
- b)* en territorio de un miembro a un consumidor de servicios de otro miembro;
- c)* por un proveedor de servicios de un miembro mediante presencia comercial en el territorio de otro miembro;
- d)* por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de otro miembro.

El acuerdo señala una regla general y tres formas de comercialización internacional de los servicios.

La primera de ellas, constituida por el inciso *a*), determina la regla general. El inciso *b*) señala la movilidad de los consumidores, donde el comprador acude a donde le han de prestar el servicio. El inciso *c*) establece la movilidad del servicio, es decir el comercio de éste por medio de una red de oficinas e instalaciones en el extranjero. El inciso *d*) se relaciona con la movilidad del prestador de servicios. Algunos servicios pueden presentarse a compradores extranjeros utilizando personal e instalaciones de la nación de origen.

²⁶⁸ Lo cual ha estimulado tanto la expansión de otros servicios de demanda intermedia, además de los tradicionales, especialmente en el área financiera.

²⁶⁹ *Diario Oficial de la Federación*, viernes 30 diciembre de 1994, parte 1, alcance y definición, artículo 1o., párrafo 2.

VI. ¿ES POSIBLE FORMULAR REGLAS DE ORIGEN PARA EL COMERCIO DE SERVICIOS?

El incremento de las transacciones internacionales de servicios ha generado un panorama en el cual se conforma poco a poco la estructura de una gran interrogante: ¿es posible formular reglas de origen para el comercio de servicios?

La respuesta es afirmativa. No obstante, comprende la delimitación de los servicios, lo cual no es sencillo. Como se sabe, la estructura de estas actividades económicas abarca otros factores económicos tales como, inversión, figura jurídico-económica, etcétera, que no son sencillos de determinar. Además, un servicio siempre implica otros servicios, de igual manera que un bien incorpora materiales y trabajo.

Es necesario insistir en que las reglas de origen para el sector servicios responderán a factores y aspectos distintos que en el caso de las mercancías, por lo cual los criterios sobre los que se formulen serán diferentes a los de éstas, debido a la naturaleza de tales actividades.

VII. ¿POR QUÉ LA NECESIDAD DE ESTABLECER REGLAS DE ORIGEN PARA SERVICIOS?

Lo importante de formular una regla de origen es determinar su fin: ¿qué objetivo persiguen los países que pretenden establecer reglas de origen en el contexto comercial de los servicios?

Los servicios son económicamente importantes por su capacidad para generar empleos, atraer inversión extranjera, permitir la transferencia de tecnología, favorecer la competitividad, capturar divisas, ampliar el ámbito y las expectativas de desarrollo de los profesionistas, etcétera.

Con base en esta importancia económica, los países, dice Edurne Navarro Varona, buscan concretar reglas de origen basadas en la *reciprocidad*, permitiendo el acceso de servicios extranjeros únicamente si el país de origen garantiza un trato similar a los servicios del país dispuesto a abrir su mercado.

Esta reciprocidad como finalidad de las reglas de origen tiene razón de ser en principio, aunque su meta final, sobre todo buscada por Estados Unidos, es la eliminación total de obstáculos.

Las reglas de origen en el sector servicios preocupa más a los bloques regionales²⁷⁰ que a foros multilaterales como el GATT. Su reciente inclusión en las agendas comerciales internacionales es un reflejo de la presión ejercida por Estados Unidos y recientemente por la Unión Europea.

En el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se comienza a trabajar al respecto, sin menospreciar el estudio de los retos que enfrentará este ambicioso proceso de integración continental en el comercio de los bienes.

La reciprocidad planteada por Edurne Navarro Varona se identifica con el principio de nación más favorecida establecido en el Acuerdo General para el Comercio de Servicios (GATS), que no contempla alguna disposición directa sobre reglas de origen en el sector servicios aunque indirectamente establece algunas definiciones que se relacionan con este aspecto.

Por tanto, la necesidad de formular reglas de origen en el sector servicios se traduce en la eliminación de barreras a la libre circulación de personas, capitales (inversión), información, etcétera, lo cual no es asunto sencillo. Y aunque quizás en un principio la base parte de la reciprocidad, no es ésta su meta final.

Reconocer que las reglas de origen, en un inicio, se pueden formular en razón de una reciprocidad es denotar que su carácter técnico está desapareciendo del contexto comercial. O quizás lo que se presenta en la figura jurídico-económica de las reglas sea una doble perspectiva; es decir, un carácter técnico que emana una vez que se ha concebido su aspecto estratégico. Cuando se formula una regla de origen, ésta es resultado de los intereses económicos del país dominante dentro del proceso de integración; una vez determinada, deviene su aspecto técnico, es decir, cuándo un producto es o no originario de un país.

²⁷⁰ La regulación sobre el comercio de servicios se establece al amparo del artículo 5 del Acuerdo General para el Comercio de Servicios, que establece en su primer párrafo: “1. El presente acuerdo no impedirá a ninguno de sus miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebre un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo: a) tenga una cobertura sectorial sustancial, y b) establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes en el sentido del artículo XVII en los sectores comprendidos en el apartado a) *supra*, por medio de i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes, y/o ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación, ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV Y XIV bis”.

VIII. CRITERIOS APLICABLES

Para determinar los criterios aplicables a los servicios que permitan formular reglas de origen se deben considerar dos situaciones: servicios producidos enteramente en un solo país, y servicios producidos con la intervención de varios países.

Servicios producidos totalmente en un solo país. Es posible establecer si un país produce totalmente un servicio si todos los factores que intervienen son de un solo origen; es decir, el prestador del servicio, la empresa para la cual labora, los bienes utilizados, el capital, etcétera.

Servicios producidos con la intervención de varios países. También se pueden determinar reglas de origen en servicios cuyo proceso de producción sea resultado de la intervención de factores con origen distinto. Las dificultades emanan de los factores de su producción, en especial los referentes al prestador y proveedor del servicio: personas físicas y morales.

Esta segunda situación representa los mayores inconvenientes, por lo que este estudio se referirá al “criterio personal” y al “criterio económico”²⁷¹ para determinar el origen de un servicio que implica a su vez diverso origen de los factores de producción, que a fin de cuentas se complementan.

Los criterios para determinar el origen de los servicios serían:

Criterio personal, entendido como aquel que permita determinar el origen de un servicio con base en la nacionalidad, residencia y establecimiento de las personas que intervienen en su producción, y

Criterio económico, el cual determinará el origen tomando en cuenta el valor añadido al producto en función del valor de los diferentes factores implicados en su producción.

Ambos métodos se podrían complementar con las listas de elaboraciones específicas y el método de contenido regional establecidos en las mercancías para determinar su transformación sustancial.

Aunque el cambio de partida arancelaria excede los límites de los servicios, su naturaleza responde a las mercancías, por lo que este método para determinar la transformación sustancial se podría aplicar con una especie de nomenclatura de los servicios, labor técnica de colosales dimensiones, posible, pero difícil.

²⁷¹ Basados en las ideas señaladas por Edurne Navarro Varona en su obra citada en la nota 12.

1. *Criterio personal*

Dentro del criterio personal, como su nombre lo indica, sólo se analiza un factor del proceso de producción de los servicios, “el prestador del servicio”, que puede ser de dos tipos: el prestador como persona física, o el prestador como persona moral.

A. *Personas físicas*

El prestador como persona física implica la consideración de la nacionalidad, el establecimiento o residencia de la persona que produce el servicio.

Los tres aspectos —nacionalidad, establecimiento o residencia— se analizan en cuanto permiten establecer un vínculo entre el servicio y el país que obtiene el beneficio económico. En ocasiones coincide que el prestador del servicio reside en el mismo lugar donde ha nacido, pero a menudo las cosas son distintas, lo cual obliga a considerar sólo el lugar de residencia del prestador más que su nacionalidad.

Por tal motivo, para atribuirle origen a un servicio con base en el criterio personal se atenderá al lugar de residencia o establecimiento del prestador del servicio más que a su nacionalidad, porque el país que recibirá el beneficio económico de la prestación será el del lugar de residencia y no su país de origen. Por tanto, lo que deberá interesar es el país de residencia o establecimiento en función del beneficio económico que éste recibe.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pese a que establece que no será requisito indispensable para prestar el servicio residir o establecerse en el lugar donde haya de prestarse, no se contrapone a lo señalado anteriormente, ya que lo que está determinando es un requisito positivo para la prestación del servicio, mas no para la determinación de su origen.

El concepto de residencia o establecimiento cobra suma relevancia en la determinación del origen. Armonizarlo será tarea para su futura aplicación, ya que su significado varía de país a país y puede dificultar la implantación del criterio personal.

B. *Otros aspectos del criterio personal*

El número de personas que intervienen en la producción de un servicio es otro aspecto, señalado por Edurne Navarro Varona, que debe tomarse en cuenta al momento de determinar su origen. Así:

- Se debe tomar en cuenta a todas las personas que participan en su producción;
- Sólo se tomará en consideración a las personas con base en la importancia de la actividad que realicen en el proceso de producción;
- La nacionalidad del individuo que participa en la prestación del servicio deberá ser atendida independientemente de la nacionalidad de la empresa o sucursal para la cual labora, o
- Sólo se deberá considerar a la persona que organiza y controla el proceso de producción.

Todas estas cuestiones emanadas del criterio personal son relevantes. Sin embargo, es mejor establecer reglas generales que simplifiquen la determinación del origen con base en la residencia o establecimiento de las personas, tomando en consideración los aspectos anteriores que permitan atribuir de forma objetiva el origen.

C. Personas jurídicas

En el plano nivel internacional, la comercialización de servicios se da a través de las empresas transnacionales. Tal es el caso de los servicios financieros y los de telecomunicaciones. Es por ello que las personas jurídicas son de suma importancia en la prestación de los servicios a escala mundial.

¿Cómo determinar la nacionalidad de una persona jurídica? Su lugar de constitución, el origen de su capital o el lugar de su establecimiento podrían responder a tal interrogante.

Considerar el lugar de constitución no siempre es lo más adecuado. Lo que debe importar es determinar qué país recibirá el beneficio económico, que en ocasiones es el lugar de establecimiento, pues allí crea empleos, invierte su capital, transfiere su tecnología, etcétera. Incluso, este factor permite determinar con mayor precisión cuándo un servicio ha sido producido por una filial o sucursal y cuándo por la casa matriz.

Los servicios bancarios y los de transporte son un claro ejemplo de la independencia que puede existir entre la casa matriz y las sucursales, siempre que exista un vínculo efectivo entre la sucursal y el país de establecimiento; es decir, siempre que cuente con capacidad suficiente para producir los servicios por sí mismo.

La capacidad suficiente para producir los servicios se traduce en la aptitud de la sucursal de no requerir, por ejemplo, del personal enviado por la casa matriz. De hecho será tomada en consideración la nacionalidad de la casa matriz —que pudiera ser la de su sede legal o el lugar de establecimiento— en la medida en que ésta ejerza control sobre la sucursal.

En ocasiones, la vinculación con un determinado país de la empresa que presta el servicio no siempre será suficiente para determinar el origen, y es necesario también examinar el carácter del servicio. Es el caso de la comercialización que haga la sucursal del servicio producido en la casa matriz.

Por último, se debe contemplar cómo determinar el origen cuando en la producción participe la casa matriz y la sucursal:

Por otra parte, en muchos casos la delimitación entre ambas posibilidades (prestación del servicio por la empresa matriz o por el establecimiento secundario) puede no resultar tan clara. Tal será el caso si, por ejemplo, tanto el establecimiento principal como el secundario participan en la prestación del servicio. Una vez más debemos recordar las cláusulas de los acuerdos Canadá-EUA, NAFTA y Australia-Nueva Zelanda, a los cuales hemos hecho referencia, y que aluden de forma explícita a esta cuestión: en efecto, la referencia a los servicios “indirectamente prestados” por una persona de un país tercero podría aplicarse incluso en aquellos casos en que el establecimiento secundario contribuya parcialmente a la prestación del servicio, si bien la prestación de la parte principal del servicio corriera a cargo de la empresa matriz de un país tercero. En tal caso dos planteamientos parecen posibles.

En primer lugar cabría asumir, en principio, el servicio por el establecimiento secundario. Tan sólo en los casos en que el servicio fuera totalmente prestado por la empresa principal y únicamente comercializado por el establecimiento secundario (sin contribuir en modo alguno a la producción), se consideraría que el servicio era prestado por la empresa principal. Éste parece haber sido el enfoque adoptado por los acuerdos mencionados.

Un segundo planteamiento consistiría en establecer reglas de origen específicas para cada servicio de modo similar al establecido en algunos casos para los bienes. Se establecerían así criterios para determinar el origen de los servicios producidos con la participación de dos o más centros de producción (pertenezcan o no a la misma empresa) ubicados en diferentes países. En estos casos, el criterio personal referente al prestatario del servicio requeriría algún criterio complementario. Podría así considerarse,

por ejemplo, el valor añadido por cada uno de los centros de producción, o el país al cual se hallaran vinculados factores específicos. Este último enfoque, sin embargo, presenta el inconveniente de resultar mucho más complejo.²⁷²

Se concluye que determinar el origen con base en el lugar de establecimiento, tratándose de personas físicas, es lo más adecuado. Pese a este criterio, es necesario considerar también el origen del capital como método complementario, donde su origen responda al lugar de residencia del inversionista o empresario. Articular el origen del capital con el lugar de residencia del inversionista o empresario en función del beneficio económico que la persona física (inversionista, accionista, empresario, etcétera) pueda derramar en un determinado país es algo complicado.

2. *Criterio económico*

Bajo este criterio, el origen se determina de acuerdo con el valor añadido al producto en función del valor de los diferentes factores implicados en su producción. Comprende tanto el criterio personal como el cálculo del valor de los factores que intervienen en la producción del servicio, y se impone la obligación de realizar un estudio exhaustivo de todos sus componentes. Labor técnica y compleja que plantearía la necesidad de conformar un comité con fundamento en el GATS.

Los factores de producción utilizados en la prestación del servicio corresponden además al personal, las instalaciones y los bienes utilizados.

Para la evaluación del componente laboral podría tomarse como punto de referencia el coste del salario de los participantes, mientras que para la evaluación de los materiales podrían aplicarse las reglas de origen utilizadas para las mercancías.²⁷³

Una vez realizado el análisis sobre los criterios para la determinación de las reglas de origen del sector servicios, este trabajo aborda algunas disposiciones establecidas en los tratados de integración económica que pueden relacionarse con el tema.

²⁷² Navarro Varona, Edurne, *op. cit.*, nota 12, pp. 238 y 239.

²⁷³ *Ibidem*, pp. 242 y 243.

IX. DISPOSICIONES RELACIONADAS CON EL ORIGEN DE LOS SERVICIOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN DE AMÉRICA LATINA

Las disposiciones sobre el comercio de servicios que establecen los tratados subregionales de integración económica relacionadas con la determinación del origen del servicio se abordarán bajo este rubro.

El criterio aplicado por los tratados es el personal, que basa el origen del servicio en diversos aspectos ya analizados en el punto anterior, tales como nacionalidad del prestador del servicio, tratándose de personas físicas, o la sede de su constitución, refiriéndose a personas morales, etcétera.

1. *Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC*

Parte VI. Disposiciones finales. Artículo XXVIII. Definiciones. Reglas de origen para servicios extranjeros:

f) “servicio de otro miembro” significa un servicio suministrado:

i. desde o en el territorio de ese otro miembro o, en el caso del transporte marítimo, por una embarcación matriculada con arreglo a la legislación de ese otro miembro o por una persona de ese otro miembro que suministre el servicio mediante la explotación de una embarcación y/o su utilización total o parcial; o

ii. en el caso del suministro de un servicio mediante presencia comercial o mediante la presencia de personas físicas, por un proveedor de servicios de ese otro miembro.

Para proveedores de servicios extranjeros:

g) “proveedor de servicios” significa toda persona que suministre un servicio;

j) “persona” significa una persona física o una persona jurídica;

k) “persona física de otro miembro” significa una persona física que resida en el territorio de ese otro miembro o de cualquier otro miembro y que, con arreglo a la legislación de ese otro miembro,

i. sea nacional de ese otro miembro; o

ii. tenga el derecho de residencia permanente en ese otro miembro, en el caso de un miembro que:

1. no tenga nacionales; u

2. otorgue en lo sustancial a sus residentes permanentes el mismo trato que dispense a sus nacionales con respecto a medidas que afecten al co-

mercio de servicios, y así lo notifique al aceptar el acuerdo sobre la OMC o adherirse a él, quedando entendido que ningún miembro estará obligado a otorgar a esos residentes permanentes un trato más favorable que el que ese otro miembro otorgue a tales residentes permanentes. La correspondiente notificación incluirá el compromiso de asumir con respecto a esos residentes permanentes, de conformidad con sus leyes y reglamentos, las mismas obligaciones que asuma con respecto a sus nacionales.

Parte VI. Disposiciones finales. Artículo XXVIII. Definiciones (cont.)

Reglas de origen para empresas extranjeras (n). Una persona jurídica:

i. es “propiedad” de personas de un miembro si estas personas tienen la plena propiedad de más de 50 por ciento de su capital social;

ii. está “bajo el control” de personas de un miembro si éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones;

iii. es “afiliada” respecto de otra persona cuando la controla o está bajo su control, o cuando una y otra están bajo el control de una misma persona.

2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Quinta Parte. Capítulo XII. Comercio transfronterizo. Artículo 1213. Definiciones.

Para servicios extranjeros, comercio transfronterizo de servicios o prestación transfronteriza de un servicio significa la prestación de un servicio:

a) del territorio de una parte al territorio de otra parte;

b) en territorio de una parte, por personas de esa parte, a personas de otra parte, o

c) por un nacional de una parte en territorio de otra parte,

pero no incluye la prestación de un servicio en el territorio de una parte mediante una inversión, tal como está definida en el artículo 1139, “inversión-definiciones”, en ese territorio.

Para proveedores de servicios extranjeros, prestador de servicios de una parte significa una persona de la parte que pretenda prestar o presta un servicio.

Capítulo XI. Inversión. Artículo 1139. Definiciones.

Para empresas extranjeras

Empresa de una parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una parte, y una sucursal ubicada en territorio de una parte y que desempeñe actividades comerciales en el mismo;

Inversión de un inversionista de una parte significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha parte;

Inversionista de una parte significa una parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha parte que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión;

Inversión de un país que no es parte significa un inversionista que no es inversionista de una parte, que realiza, pretende realizar o ha realizado una inversión.

3. Grupo de los Tres

Capítulo X. Principios generales sobre comercio de servicios. Artículo 10-01. Definiciones.

Para servicios extranjeros, *el comercio de servicios significa la prestación de un servicio*:

- a) del territorio de una parte al territorio de otra parte;
- b) en el territorio de una parte a un consumidor de otra parte;
- c) a través de la presencia de empresas prestadoras de servicios de una parte en el territorio de otra parte;
- d) por personas físicas o naturales de una parte en el territorio de otra parte.

Para proveedores de servicios extranjeros, prestador de servicios de una parte significa una persona de una parte que pretenda prestar o presta un servicio.

Artículo 10-01. Definiciones.

Para empresas extranjeras, empresa de una parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con las leyes de una parte, incluidas las sucursales localizadas en el territorio de una parte que realicen actividades económicas en ese territorio.

Capítulo XVII. Inversión. Artículo 17-01. Definiciones

Inversión son los recursos transferidos al territorio nacional de una parte o reinvertidos en él por inversionistas de otra parte, incluyendo:

- a) cualquier tipo de bien o derecho que tenga por objeto producir beneficios económicos;
- b) la participación de inversionistas de una parte, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación de otra parte;

c) las empresas que sean propiedad de un inversionista de esa parte o efectivamente controladas por él, que hayan sido constituidas u organizadas en el territorio de la otra parte, y

d) cualquier otro recurso considerado como inversión bajo la legislación de esa parte.

Inversionista de una parte es cualquiera de las siguientes personas que sea titular de una inversión en el territorio de otra parte:

a) la parte misma o cualquiera de sus entidades públicas o empresas del Estado;

b) una persona natural que tenga la nacionalidad de esa parte de conformidad con sus leyes;

c) una empresa constituida, organizada o protegida de conformidad con las leyes de esa parte, o

d) una sucursal ubicada en el territorio de esa parte que desempeñe actividades comerciales en el mismo.

4. *Comunidad Andina*

Capítulo IX. Artículo 23: Origen de los servicios

Para gozar de los beneficios derivados del presente marco general, serán considerados como servicios originarios de la subregión:

1. Los suministrados por personas naturales o físicas con residencia permanente en cualquiera de los países miembros, de acuerdo con las regulaciones nacionales respectivas;

2. Los servicios suministrados por personas jurídicas constituidas, autorizadas o domiciliadas, con arreglo a la legislación nacional, en cualquiera de los países miembros y que efectivamente realicen operaciones sustanciales en el territorio de cualquiera de éstos, o por empresas multinacionales andinas, y

3. En el caso del suministro transfronterizo de servicios, los que se produzcan y se presten directamente desde el territorio de alguno de los países miembros, por personas naturales o físicas, o por personas jurídicas, de acuerdo a lo indicado en los párrafos 1 y 2 anteriores.

Disposiciones transitorias

Tercera. Con el fin de profundizar el entendimiento y correcta aplicación de la presente decisión por parte de las autoridades nacionales competentes, la secretaría general realizará un estudio sobre el alcance de los criterios de origen establecidos en el artículo 23, cuyos resultados serán

informados a la Comisión, a más tardar dentro de los seis meses de la entrada en vigencia de la presente decisión.

Capítulo IX. Artículo 24

En los casos en que un país miembro tenga dudas sobre el origen de un servicio, podrá entablar consultas con el país miembro involucrado. Si en un plazo máximo de treinta días no se hubieren resuelto las dudas sobre el origen del servicio, cualquiera de las partes involucradas podrá solicitar la intervención de la secretaría general de la Comunidad Andina. La secretaría general adelantará la investigación respectiva y se pronunciará en un plazo que no excederá de treinta días, contados a partir de la recepción de la solicitud.

Capítulo II. Definiciones

A los efectos del presente marco general, se adoptan las siguientes definiciones:

El suministro de un servicio de cualquier sector a través de cualquiera de los siguientes modos de prestación:

- a)* desde el territorio de un país miembro al territorio de otro país miembro;
- b)* en el territorio de un país miembro a un consumidor de otro país miembro;
- c)* por personas naturales de un país miembro en el territorio de otro país miembro, y
- d)* por personas naturales de un país en el territorio de otro país.

5. Mercado Común del Sur (Mercosur)

Parte II. Artículo XVIII: Definiciones.

Servicio de otro Estado parte significa un servicio prestado:

- i.* desde o en el territorio de ese otro Estado parte;
- ii.* en el caso de prestación de un servicio mediante presencia comercial o mediante la presencia de personas físicas, por un prestador de servicios de ese otro Estado parte.

A los efectos del presente protocolo, se define *el comercio de servicios* como la prestación de un servicio:

- a)* del territorio de un Estado parte al territorio de cualquier otro Estado parte;

b) en el territorio de un Estado parte a un consumidor de servicios de cualquier otro Estado parte;

c) por un prestador de servicios de un Estado parte mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Estado parte, y

d) por un prestador de servicios de un Estado parte mediante la presencia de personas físicas de un Estado parte en el territorio de cualquier otro Estado parte.

Persona significa una persona física o una persona jurídica:

i. persona física de otro Estado parte significa una persona física que resida en el territorio de ese otro Estado parte o de cualquier otro Estado parte y que, con arreglo a la legislación de ese otro Estado parte, sea nacional de ese otro Estado parte o tenga el derecho de residencia permanente en ese otro Estado parte;

ii. persona jurídica significa toda entidad jurídica debidamente constituida y organizada con arreglo a la legislación que le sea aplicable, tenga o no fines de lucro, sea de propiedad pública, privada o mixta y esté organizada bajo cualquier tipo societario o de asociación.

Persona jurídica de otro Estado parte significa una persona jurídica que esté constituida u organizada con arreglo a la legislación de ese otro Estado parte, que tenga en él su sede y desarrolle o programe desarrollar operaciones comerciales sustantivas en el territorio de ese Estado parte o de cualquier Estado parte.

Prestador de servicios significa toda persona que preste un servicio. Cuando el servicio no sea prestado por una persona jurídica directamente, sino a través de otras formas de presencia comercial, por ejemplo una sucursal o una oficina de representación, se otorgará no obstante al prestador de servicios (es decir, a la persona jurídica), a través de esa presencia, el trato otorgado a los prestadores de servicios en virtud del protocolo. Ese trato se otorgará a la presencia a través de la cual se presta el servicio, sin que sea necesario otorgarlo a ninguna otra parte del prestador situada fuera del territorio en el que se presta el servicio.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Analizando la regulación de los tratados comerciales de integración subregionales americanos se puede concluir que:

— El criterio aplicable a esta incipiente regulación de las reglas de origen en el sector servicios es el personal.

- El criterio personal aplicado para determinar el origen de un servicio, tratándose de personas físicas como prestadores de servicios, se basa en el lugar de residencia o establecimiento y deja sólo el aspecto de la nacionalidad como un criterio complementario al de la residencia o establecimiento.
- Para determinar el origen de un servicio prestado por una persona jurídica, el criterio personal toma como vínculo entre el servicio y la persona el país donde se ha constituido legalmente la empresa.
- En el caso de las filiales y sucursales, más que el lugar de establecimiento se considera el control que la empresa matriz ejerce sobre el establecimiento secundario.