

¿HACIA DÓNDE VA AMÉRICA LATINA RESPECTO
AL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL?

JOSÉ MANUEL
ÁLVAREZ ZÁRATE
(ed.)

¿HACIA DÓNDE VA AMÉRICA
LATINA RESPECTO
AL DERECHO ECONÓMICO
INTERNACIONAL?

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-710-XXX-XXXXX

© 2016, JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE (ED.)
© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE LAINA PEREIRA MAIA
SOFÍA BOZA MARTÍNEZ MICHELLE RATTON SANCHEZ BADIN
GABRIEL GARI CARLOS H. REYES DÍAZ
DANIELA GÓMEZ ALTAMIRANO ANDREAS R. ZIEGLER

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE COLECCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	11
AGRADECIMIENTOS	13
Presentación	15
PRÓLOGO	
¿Hacia dónde va América Latina respecto al Derecho Económico Internacional? <i>José Manuel Álvarez Zárate</i>	21
El principio precautorio en los acuerdos comerciales de América Latina. <i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	27
Tendências regulatórias nos acordos regionais de comércio do Brasil e do Mercosul: um primeiro mapeamento frente a outras tendências internacionais. <i>Michelle Ratton Sanchez Badin</i>	51
Evaluación del impacto de los requisitos sanitarios, fitosanitarios y técnicos en el comercio agroalimentario: evidencias en la literatura actual. <i>Sofía Boza Martínez</i>	73
Políticas sobre energías renovables en la OMC: “lecciones para no aprender” en América Latina <i>Daniela Gómez Altamirano</i>	95
El rol de las instituciones financieras en la promoción del desarrollo sostenible <i>Laina Pereira Maia</i> <i>Andreas R. Ziegler</i>	119
Controles de capital y disciplinas comerciales en América Latina. <i>Gabriel Gari</i>	137
LOS AUTORES	165

COLECCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO
INTERNACIONAL

La *Colección en Derecho Económico Internacional* surge de la necesidad de contar con un medio de difusión permanente de trabajos académicos que se producen en las diferentes áreas de esta disciplina. Su propósito, además, es mejorar los niveles de difusión y discusión académica de los temas que con frecuencia surgen en esta área de estudio en América Latina y en el mundo, y que además afectan a la región o son de interés global.

La *Colección en Derecho Económico Internacional* publica trabajos académicos de alta calidad y de naturaleza teórica, práctica o histórica, presentados en diferentes eventos en la región; trabajos de investigación o iniciativas colectivas e individuales. La colección también busca publicar diferentes visiones de las problemáticas del Derecho Económico Internacional, y se interesa por difundir las diferentes voces de todas partes del mundo sin distinción de género o proveniencia regional.

La política editorial de la *Colección en Derecho Económico Internacional* sigue la tradición que llevó a fundar la Universidad Externado de Colombia en 1886: libertad, tolerancia y respeto, y, en esa línea, alienta la discusión abierta y sin barreras.

Editor general
José Manuel Álvarez Zárate
Profesor de Derecho Económico Internacional
Universidad Externado de Colombia

AGRADECIMIENTOS

Este proyecto es la conjunción de muchos esfuerzos y horas de trabajo, que al final han dado sus frutos. Con paciencia, generosidad y esfuerzo, muchas mentes brillantes elaboraron sus ponencias, atendieron las observaciones de sus pares académicos y llevaron a buen término los textos que aquí se presentan. Ellos soportaron las idas y vueltas de la labor editorial. Agradecimientos especiales a Elvira Méndez Chang, cabeza de la maestría de Derecho Económico Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Perú, y a Dorotea López Giral, coordinadora académica del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. A su vez, el *World Trade Institute* (WTI), con sede en Berna, Suiza y la Secretaría de Estado de asuntos económicos del gobierno suizo aportaron fondos para llevar a cabo la II Conferencia Bienal de la Red de Derecho Económico Internacional e hicieron posible que algunos de los oradores que participaron ella viajaran a Lima a presentar sus trabajos y se sometieran al escrutinio atento de los miembros de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional.

Por el lado editorial, a la Universidad Externado de Colombia que proveyó los recursos para la impresión y el proceso editorial. A los pares académicos anónimos externos que revisaron cada uno de los trabajos, ellos con sus juiciosos comentarios engrandecieron la discusión. A la joven promesa editorial egresada de la facultad de derecho de la Universidad Externado, Diana María Beltrán, quien acompañó todo el proceso, desde cuando estaba en la Universidad Externado y durante el tiempo en que cursaba su maestría en la Universidad de Leicester en Inglaterra. Al Director del Departamento de Derecho Económico, Emilio Archila, por apoyar los sueños editoriales de la red.

Quedan muchas personas por fuera de esta nota de agradecimiento, sin embargo, a todos, un gran reconocimiento.

Hacia dónde va América Latina en Derecho Económico Internacional fue el tema central de la II Conferencia Bienal de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, celebrada en la Pontificia Universidad Católica de Perú (Lima, octubre de 2013). De esa conferencia surgió esta iniciativa editorial. De los más de 16 trabajos relacionados con comercio que iniciaron el proceso editorial, al final quedaron los que aquí se presentan y que resaltan el eje de la pregunta central de esta publicación: ¿Hacia dónde va América Latina respecto al Derecho Económico Internacional?

Para dónde va la región en materia de comercio y medio ambiente es uno de los cuestionamientos que nos adelanta el profesor Carlos H. Reyes Díaz, con su trabajo sobre *El principio precautorio en los acuerdos comerciales de América Latina*. Dado que somos testigos de los estragos del cambio climático y de los retos que implica seguir en una senda de desarrollo sin que la actividad económica destruya el entorno, el profesor Reyes afirma que dentro de los acuerdos comerciales se ha asumido la tarea de incorporar la protección del medio ambiente dentro de sus propias normas. Además nos recuerda que hay una innegable atmósfera comercial dentro de las normas medioambientales y lo ejemplifica con el caso de la compra de bonos de carbono.

Sobre el principio precautorio medioambiental y su más o menos reciente realidad jurídica, que data de 1992, indica que este ha sido incorporado de una manera discreta y errónea en algunos acuerdos comerciales, sobre todo en el tema de medidas sanitarias y fitosanitarias, lo cual pareciera sugerirnos que no está bien señalado en el aparato comercial internacional, con las consecuencias prácticas que ello conlleva. Por estas razones, es que señala la importancia de que se amplíe su regulación en estos acuerdos comerciales, para que se trascienda de la prevención a la cautela o precaución, si lo que en realidad se busca es una verdadera protección del medio ambiente desde la perspectiva comercial internacional.

América Latina y sus miembros han estado activos en la negociación y suscripción de tratados comerciales durante los últimos treinta años. En ese contexto, la profesora Michelle Ratton Sanchez Badin hace una cartografía de las tendencias regulatorias en los acuerdos regionales de Brasil y el Mercosur, frente a otras tendencias internacionales. *Tendências regulatórias nos acordos regionais de comércio do Brasil e do Mercosul: um primeiro mapeamento frente a outras tendências internacionais*.

A Brasil se le critica por haber adoptado una política de aislamiento estratégico, aún y a pesar de la proliferación de acuerdos regionales de comercio de las últimas décadas. Esto tal vez explica que aún persistan políticas que impiden el acceso efectivo de algunos bienes a su mercado, como ocurre en Argentina, aunque allí, por diversas razones.

En este artículo se traza un perfil regulatorio sobre el tipo de acuerdo firmado por Brasil, solo o con el Mercosur. Así, identifica algunas características generales de estos acuerdos, que luego se contrastan con procesos similares llevados a cabo por otros países del grupo de los BRICS (Brasil-Rusia, India, China y Sudáfrica). En ese sentido, el análisis enfrenta al movimiento de integración profunda de los modelos adoptados en los tratados de última generación por otros países en lo que va del siglo XXI, con los adoptados por Brasil.

El artículo presenta las tendencias reglamentarias a partir de ejemplos tomados de acuerdos firmados por Estados Unidos y la Unión Europea, y se analiza frente al perfil regulador de Brasil y el MERCOSUR, desde dos perspectivas, dentro de la región y fuera de ella. El resultado es un valioso mapeo descriptivo del perfil regulatorio y los diferentes tipos de movimientos en política comercial, que muestra la posición de Brasil y el MERCOSUR en un contexto que en algún momento podría generar tensiones con sus socios comerciales.

Uno de los asuntos que más preocupa a América Latina es el continuo uso de medidas sanitarias, fitosanitarias y obstáculos técnicos que aplican los países más desarrollados para proteger sus mercados. Ni las negociaciones en el marco de la OMC, ni las regionales han avanzado de una forma clara en beneficio de los países en vías de desarrollo. Sofía Boza Martínez analiza el impacto de esas medidas en el comercio agroalimentario, en su trabajo *Evaluación del impacto de los requisitos sanitarios, fitosanitarios y técnicos en el comercio agroalimentario: evidencias en la literatura actual*.

La autora nos recuerda cómo las últimas décadas el comercio internacional se han caracterizado por una significativa apertura global, basada principalmente en una reducción de los aranceles, pero también, cómo, de manera simultánea, se han incrementado las medidas no arancelarias (MNA) notificadas por la Organización Mundial de Comercio en forma de obstáculos técnicos al comercio (OTC) y las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF).

Sofía Boza muestra cómo los obstáculos detectados mediante las MNA son de la mayor importancia, ya que estos requerimientos ponen en relieve

la necesidad de revisar los efectos que las MSF/OTC tienen en los flujos de exportaciones e importaciones. De esa forma, y en este contexto, el sector agropecuario en particular es de forma primordial sujeto de este tipo de obligaciones, sobre todo en lo referido a las medidas sanitarias. La autora emprende una revisión amplia de las investigaciones más recientes relativas al impacto de las MSF/OTC sobre el comercio agroalimentario. Como resultado, encontró que en general se presenta un efecto dual en la relación entre MSF/OTC y el comercio internacional agroalimentario, la cual depende sobre todo del balance entre los costos de implementación y los beneficios de un mejor posicionamiento en el mercado.

Una pregunta que se abre al lector es si los estándares que se están imponiendo a los países en vías de desarrollo, mediante la imposición de MSF/OTC a sus exportaciones, son en verdad necesarios, o si sólo hacen parte de la política de defensa comercial de los países más desarrollados, que buscan proteger a sus productores locales a través del incremento de los costos de producción de los países en vías de desarrollo.

La OMC se mueve en muchas direcciones, una de ellas es en el marco de las discusiones respecto a la energía renovable. En ese contexto se desarrolla el trabajo *Políticas sobre energías renovables en la OMC: “lecciones para no aprender” en América Latina* de Daniela Gómez Altamirano.

La autora pone de relieve que la energía, y en particular las energías renovables, constituyen hoy un elemento central en el comercio internacional y su regulación en el ámbito multilateral. Muestra que el comercio ha tomado como suya la discusión relativa a la legalidad de programas que fomentan la utilización de energías renovables, ya que la OMC contiene reglas en lo que respecta a restricciones cuantitativas y subvenciones.

De acuerdo con lo anterior, la reciente resolución del órgano de apelación en el caso del Programa FIT de Canadá aclaró algunas cuestiones sobre el requisito de contenido local y subvenciones bajo el GATT y el SCM; sin embargo, la autora alerta acerca de que quedan temas pendientes de aclarar, como la disponibilidad de la excepción general en virtud del Artículo XX del GATT.

También se reseña que los programas de apoyo a la utilización de energías renovables son puestos en marcha de diversas formas y con diferentes estrategias en todo el mundo, y que la participación activa de los gobiernos en la búsqueda de una política y un marco regulatorio, junto con el apoyo directo e indirecto a las energías renovables, ha llevado al crecimiento del sector en todo el mundo. Es así como la relevancia del estudio de la compa-

tibilidad de los programas de apoyo a energías renovables con las normas del comercio internacional se vuelve crucial. En el caso de los programas en la Unión Europea (Directiva sobre energías renovables) y Estados Unidos (Programa de crédito fiscal de producción), por su estructura e implementación, podrían considerarse como incompatibles con las normas de la OMC.

De otro lado, América Latina como importante productor de energías renovables está en la construcción de una política que permita promover programas de apoyo a energías renovables, al mismo tiempo que cumple con sus obligaciones bajo las normas del comercio internacional. Por lo anterior, es importante abstraer las lecciones que ha dejado la experiencia de la Unión Europea y Estados Unidos en la implementación de medidas de apoyo a energías renovables, así como la interpretación que el órgano jurisdiccional de la OMC ha dado a las normas aplicables al comercio de energía.

Por otro lado, el papel que cumplen las instituciones financieras en el desarrollo sostenible no podía quedar por fuera de la pregunta *¿A dónde va América Latina en el Derecho Económico Internacional?* Esas instituciones juegan un papel importante en el marco de la orientación que deben tomar los Estados sobre sus políticas económicas. Laina Pereira Maia y Andreas Ziegler ilustran de manera crítica acerca del *Rol de las instituciones financieras en la promoción del desarrollo sostenible*.

A partir del análisis de la iniciativa de crear bancos de desarrollo, los autores encuentran que el papel de las instituciones financieras en la región para aplicar el concepto de desarrollo sostenible puede ser importante en la promoción de políticas sostenibles ambientalmente. De acuerdo con la relevancia que tiene la IED para la economía, se evidencia que en la definición de inversión deberían tenerse en cuenta diferentes factores que permitan catalogar esa inversión dentro del concepto de desarrollo sostenible. Se consideran entonces que, debido a la cantidad de elementos que convergen en el mencionado objetivo, los proyectos en los que las instituciones financieras decidan invertir deben basarse en un cuidadoso estudio de cada uno de los factores que afectarán el resultado integral, lo cual puede dar resultados más tangibles que los que se señalan en los acuerdos internacionales medioambientales.

Concluyen que en la región el tema necesita ser estudiado de manera cuidadosa. Debido a que el principal sector de inversión son las industrias extractivas, es fundamental que exista mayor claridad sobre el marco jurídico en los que se basan los lineamientos; también señalan que existe una

contradicción entre las buscan fomentar el desarrollo sostenible, como es el caso de los derechos humanos y la protección al medio ambiente.

Cierra esta publicación el trabajo del profesor Gabriel Gari, sobre los *Controles de capital y disciplinas comerciales en América Latina*. Aquí se examina el margen de acción del que disponen algunos países de América Latina para restringir el ingreso masivo de capitales a corto plazo en el marco de sus obligaciones derivadas del acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS).

Los resultados del trabajo del profesor Gari indican que varios de los controles de capital analizados en el capítulo contravienen disciplinas del AGCS y no encuentran una justificación posible en ninguna de las excepciones previstas en el acuerdo. En esa línea, el autor propone ampliar la discreción de los miembros del acuerdo para aplicar restricciones a las transferencias de capital, pero con sujeción a la supervisión del Fondo Monetario Internacional (FMI).

Esa propuesta de reglamentación supervisada tiene la ventaja de ampliar el margen de acción para aplicar estas restricciones, pero bajo la atenta supervisión de un organismo multilateral, que tiene dentro de sus cometidos el deber de mantener la estabilidad monetaria internacional y facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, y que por lo tanto promueve la adopción de políticas que son coherentes no sólo con los intereses del país receptor, sino también con los de la comunidad internacional.

Al final, la propuesta del profesor Gari apunta a un sistema de gobernanza de las relaciones económicas internacionales más coherente, basado en más y mejor cooperación entre la OMC y el FMI, lo cual podría dar cuenta de los problemas que surgen por la fragmentación de que es objeto.

José Manuel Álvarez Z.
Bogotá, D. C., agosto de 2016

¿HACIA DÓNDE VA AMÉRICA LATINA RESPECTO
AL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL?

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE¹

Es usual que a América Latina como región se le identifique como un bloque homogéneo en lo político, cultural y económico. Si bien la región tiene profundas raíces culturales y religiosas comunes con la península ibérica, que permiten identificar denominadores comunes, las diversas dinámicas en los diferentes países que hoy conforman América Latina delinearón diferencias sustanciales en diversos ámbitos. En ese sentido, responder a la pregunta *¿Hacia dónde va América Latina respecto al Derecho Económico Internacional?* y a la hipótesis subyacente que la generó no fue una tarea fácil. Vista como una estructura y sistema, se la ve desordenada, desunida y con grandes déficits de cooperación entre los subsistemas (países) para lograr consensos respecto a las políticas de desarrollo, comercio e inversión.

En efecto, que los países de la región no tienen los mismos objetivos, ni emplean los mismos instrumentos para buscar sus cometidos, como se puede observar a lo largo del libro. Ni siquiera al interior de los bloques que se formaron en los últimos cuarenta años (Comunidad Andina, Mercosur, la Alianza del Pacífico y Centro América) hay unidad de criterio respecto a sus políticas de desarrollo² y al grado de exposición de su economía hacia fuera de la región. Los intereses contrapuestos entre productores regionales-locales (de origen local de cada uno de los países en los diversos sectores: agrícolas, manufactureros y prestadores de servicios) y extrarregionales (competidores que vienen de países de fuera de Latinoamérica), con la toma del poder por parte de los segundos en varios países de la región, ha logrado desarticular cualquier intento de unión que surja en la región. La tensión entre estos

1 Profesor de Derecho Económico Internacional, Universidad Externado de Colombia. Asesor en temas de comercio e inversión. Este capítulo contó que el aporte investigativo de Diana María Beltrán, quien lo llevó a cabo durante su maestría en la Universidad de Leicester, Inglaterra. No obstante, la responsabilidad de lo aquí señalado es del autor.

2 Sobre las diversas concepciones ideológicas de desarrollo, sus fases y encuentro con el derecho internacional, ver: RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN (2005). *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá: Ilsa, p. 49-62.

intereses se refleja en las discusiones políticas locales e internacionales, en las que se han enfrentado los que siguen una ideología liberal³ y aquellos que cuestionan la dependencia económica, entre otros (Stiglitz, 2002; Rajagopal, 2005), por los costos internos que se genera en términos de desigualdad, empleo, bienestar y producción, entre otros (Trebilcock, 2011).

Al final, y a diferentes ritmos, la apertura comercial se ha venido dando en la línea de la ideología liberal, pero en un marco no exento de tensiones, que conllevan diferentes mecanismos e instrumentos para la integración por parte de los países de América Latina. Esto explica en parte la limitada articulación económica entre los países, que ha tenido diferentes etapas.

En un comienzo, la creación de regiones económicas surgió como una de las sugerencias de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) desde la década de 1960 para racionalizar los efectos de las políticas proteccionistas que se afianzaban a lo largo de América Latina (Ocampo, 2013; Vázquez, 2011). Lo anterior se consolidó en la creación del Mercado Común Centroamericano y la Comunidad Andina de Naciones, entre otros.

Más adelante, las dinámicas que siguió la región a partir de finales de la década de 1980 y que aún hoy persisten, generaron una explosión en la región, que hizo que cada parte del conjunto tomara diferentes trayectorias, las cuales han ido tomando formas identificables en cada uno de los países. Hoy, el proceso de integración latinoamericano a través de regiones responde, en principio, más a preferencias económicas de unos grupos que se encuentran en el poder, que a decisiones políticas de largo plazo. En la reciente historia, puede verse que se han producido cambios en las instituciones que operan no sólo en cada uno de los países sino además que representan los bloques económicos; lo anterior puede rastrearse en tres etapas diferentes (Giordano y Devlin, 2013). Cada etapa ha marcado una política económica y comercial que se ha visto reflejada en el desempeño económico del subcontinente, lo que le ha permitido, en parte, mostrarse como una región atractiva en el campo multilateral para desarrollar inversiones y ampliar el comercio.

3 Exponentes de esta opción, desde Adam Smith, cuyas ideas se han reproducido en textos como el de TREBILCOCK, M. (2011). *Understanding Trade Law*, Edward Elgar Publishing, p. 1-4. 2011. Del mismo autor también, *Critiquing the Critics of Economic Globalization* (2005), en el Journal of International Law and International Relations; John H. Jackson (1969). *World Trade and the Law of GATT*, Lexis Law Pub.

Durante la década de 1980, el proyecto de regionalización se distanció de la influencia de las primeras recomendaciones de la CEPAL; el neorregionalismo se basó en las críticas que, desde la academia institucionalizada, tildaban al proyecto como miope, puesto que no respondía a la realidad de los países de latinoamericanos continentales y del Caribe⁴. Vale la pena recordar que durante este mismo periodo se negoció y creó la OMC y por ende entraron a regir las obligaciones derivadas de sus acuerdos, lo cual representó regular gran parte del comercio internacional mediante un instrumento multilateral (Álvarez, 1998), que generó obligaciones internacionales entre sus miembros (Jackson, 2006). El proceso de integración de manera inevitable fue influido por las nuevas obligaciones que surgían bajo este contexto (Tussie, 2013; Fernández y Contreras, 2013).

Por un lado, esta segunda etapa se caracteriza por el afianzamiento de algunas de las instituciones existentes, como ALADI, al igual que la creación de otras como el MERCOSUR (Giordano y Devlin, 2013), cuyo objetivo seguía siendo la apertura y desregularización económica, lo cual hacía parte de las sugerencias establecidas en el Consenso de Washington (Vázquez, *et al.*, 2013).

Por otro lado, una característica interesante que se buscó en esta etapa de neorregionalización fue la creación de estructuras de gobernabilidad, entre las cuales se encontraban diferentes visiones políticas, económicas y sociales, con el objetivo de garantizar el bienestar de los ciudadanos (Scott y Bertola, 2009). Esas visiones han permitido que surjan en América Latina principios como el de *In dubio* pro desarrollo, introducido de diferentes formas por los países latinoamericanos en los diversos acuerdos comerciales que ha venido firmando, desde el Acuerdo de Cartagena, la OMC y los tratados de libre comercio (Álvarez, 2015).

En la actualidad, Latinoamérica y el Caribe se encuentran en una nueva etapa de este proceso, la del llamado regionalismo abierto, que resalta el incremento de la celebración de acuerdos comerciales con otros socios económicos pertenecientes a la región y externos a esta (Giordano y Devlin, 2013). Esta

4 SCOTT, J. (2009). *Systemic Transformation and the Implementation of New Regionalist Paradigms: experiences of central europe and latin America* en SCOTT, JAMES W. (ed) *De-coding New Regionalism* (1st edn, Routledge, 2009), pp. 38-39. Las dinámicas integracionistas en América Latina no han convocado a todos los países de la región a un mismo tiempo. El Caribe latinoamericano no ha participado en las discusiones de manera tan activa, ni se ha tenido en cuenta dentro del proceso, incluso se ha mantenido encapsulado en la mayoría de los casos.

nueva etapa inquieta en cuando a si, en el proceso, se está profundizando la desintegración de América Latina (Fernández y Contreras, 2013). En apariencia sí, pues las estructuras institucionales que se han creado son rígidas, lo cual no permite volver atrás para crear verdaderos bloques económicos.

Algunos autores describen el proceso como relevante, con lo cual evitan referirse a los efectos adversos sobre la cooperación en la región, ni que decir de los sociales y los referidos a la creación de puestos de trabajo. Así justifican la liberación del mercado que se ha dado a lo largo de este proceso, al afirmar que existe una supuesta influencia de las regiones económicas latinoamericanas y del Caribe en el contexto de la economía global (Bertola, 2013). Una influencia que solo está marcada por el aumento de las importaciones de valor agregado y las exportaciones de bienes primarios (como los energéticos como petróleo, gas, carbón), que no requieren acuerdos de comercio para ser consumidos en los países desarrollados, pues son insumos necesarios para mantener sus aparatos económicos funcionando.

En esta línea justificativa de los nuevos acuerdos de comercio, se señala que a pesar de la reciente crisis económica que afectó los precios de exportación para esta parte del continente innegable que la economía latinoamericana ha ganado presencia principalmente en el ámbito extraterritorial gracias a la cohesión alcanzada en las asociaciones económicas del subcontinente (Vázquez L. y Tussie, 2013).

Vale la pena resaltar que a lo largo de este proceso de apertura económica, las instituciones al interior de cada uno de los países de Latinoamérica y el Caribe se han adaptado⁵¹⁰. Además, los países de América Latina reformaron sus constituciones para adaptarse a los requerimientos del libre mercado, lo cual dio paso a la implantación de las llamadas constituciones neoliberales en el continente, que, a pesar de los avances sociales que han traído, no han sido capaces de controlar los efectos que se describen en los capítulos que desarrolla el libro, como en el medio ambiente, los efectos de la falta de control a los capitales y la producción de energía, entre otros.

Una forma de ver el proceso desde el lenguaje liberal es señalar que bajo el ámbito de la economía globalizada es claro que los tratados que sientan el

5 La cláusula de conformidad del artículo xvi(4) de la OMC que han asumido todos los países de América Latina los obliga a reformar sus instituciones, además de las imposiciones del mismo tenor de los acuerdos regionales, deja sin discusión la adaptación local al sistema multilateral y regional.

marco regulatorio actual tienen como objetivo mejorar los ordenamientos jurídicos nacionales, al adaptarlos a las necesidades del comercio transnacional (Elgar, 2010).

El camino de América Latina en el proceso liberación del comercio, en la etapa posterior al OMC, va hacia la profundización a través de procesos de armonización de la regulación de diferentes sectores económicos mediante dos mecanismos paralelos, por medio de tratados o de regulaciones derivadas de poder blando. En la primera, por ejemplo, los países que conforman las diferentes asociaciones económicas, como la Alianza del Pacífico, avanza con compromisos específicos, como es el caso de Colombia, México y Perú. En la segunda, a través de instrumentos de poder blando, como la pertenencia al club de la OCDE y a entidades internacionales de armonización, como el *codex alimentarius*. Dentro de los problemas que surgen de esta última forma de armonización se encuentran: menores controles democráticos, captura directa de estos organismos por parte de entidades privadas y exclusión de productores de países en vías de desarrollo, con lo cual al final se legitima la elevación de estándares de producción, que como es evidente no pueden cumplir los países en vías de desarrollo.

América Latina está siguiendo múltiples caminos y en diferentes direcciones, pero en ninguno de ellos se vislumbra el sueño de unión que otrora fuera el norte que encaminó a las políticas de finales de la década de 1960. Hoy cada país va por su cuenta, sin el apoyo del vecino y de su hermano; lo único que queda es la hermandad fundada en una cultura común ibérica, católica y latina.

CARLOS H. REYES DÍAZ *

*El principio precautorio en los acuerdos
comerciales de América Latina*

RESUMEN

La relación entre comercio y medio ambiente es en la actualidad indisoluble. Los acuerdos comerciales han asumido la tarea de incorporar la protección del medio ambiente dentro de sus propias normas, en tanto que también hay una innegable atmósfera comercial dentro de las normas medioambientales (la compra de bonos de carbono es solo ejemplo). El principio precautorio medioambiental es una realidad desde 1992 y ha sido incorporado de manera discreta y errónea en algunos acuerdos comerciales, en especial en lo relacionado con medidas sanitarias y fitosanitarias. Si se busca una verdadera protección del medio ambiente desde la perspectiva comercial internacional, es importante que se amplíe la regulación de los acuerdos comerciales para que se trascienda de la prevención a la cautela o precaución.

INTRODUCCIÓN

Una práctica común en muchos tratados de libre comercio ha sido incluir disposiciones, capítulos o acuerdos paralelos relativos a la protección del medio ambiente, como lo que ocurre en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); sin embargo, no puede decirse lo mismo de los procesos de integración regional en América Latina. Para los países latinoamericanos, todos ellos en vías de desarrollo, la conciliación entre la liberalización comercial y la protección del medio ambiente presenta serias dificultades, si se considera que un alto porcentaje de las exportaciones proviene del sector primario. Esta problemática se refleja en la ausencia o debilidad de las disposiciones ambientales en sus tratados de libre comercio.

El principio precautorio es una de las bases del derecho ambiental que mayor relevancia ha cobrado en los últimos 20 años, en los ámbitos nacional e internacional. En el contexto de la Unión Europea, ha sido desarrollado de manera muy amplia, al grado de que su aplicación se ha extendido a la protección de la vida, la salud y la seguridad de las personas; a los animales y a los vegetales. En el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Acuerdo sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio prevén su aplicación de manera ex-

* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la UNAM, México.

presa; el Órgano de Apelación, a su vez, se ha pronunciado sobre el mismo. En América Latina, no obstante haber sido incorporado en la legislación de varios Estados, como México, Brasil y Argentina, y de existir incluso criterios jurisprudenciales, es evidente su poca presencia en los regímenes comerciales regionales.

En este sentido, plantear la importancia que tiene el principio precautorio para el comercio internacional a la luz de los acuerdos regionales americanos, así como la relevancia de temas controversiales como la autorización de medicamentos biosimilares y el uso de semillas genéticamente modificadas en la agricultura, sin olvidar analizar sus implicaciones comerciales, es esencial en este caso. Se pretende, asimismo, evaluar el estatus del principio en los tratados comerciales de América Latina, identificar carencias y deficiencias y apuntar hacia posibles formas de conciliar el comercio internacional con la protección del medio ambiente.

Lo ideal es mantenerse alejado de la discusión simplista que tiende a establecer jerarquías entre el derecho ambiental y el comercial. Es una discusión muy gastada que no resuelve los aspectos más importantes sobre temas tan sensibles. Al contrario, si se tiene en cuenta que ambas áreas son imprescindibles para el desarrollo de la comunidad global en su conjunto debe prevalecer la intención de otorgar sus respectivos espacios a ambos derechos. Ese punto medio que tanto se busca y que no es tan evidente es el objetivo de este trabajo. América Latina es un escenario ideal para el debate, pero no desde una perspectiva aislada sino como plataforma para un debate permanente y global.

PALABRAS CLAVE

Comercio internacional; medio ambiente; principio precautorio ambiental; principio preventivo; acuerdos comerciales; América Latina; discriminación arbitraria e injustificable; restricción encubierta al comercio, OMC.

RELACIÓN ENTRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Ambas disciplinas en su ambiente jurídico cuentan con una doctrina que las respalda; ambas protegen diferentes valores, las coordinan diferentes organismos, tienen distintos y muy variados instrumentos jurídicos que las regulan y, sin embargo, confluyen en el mismo escenario global.

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), se reconoce que el medio ambiente tiene repercusiones en todas las actividades del ser humano. El medio ambiente es una más de esas disciplinas que, junto con los derechos humanos y el comercio, forman parte de las actividades expandibles que involucran a otras áreas de estudio, aunque no necesariamente las abarque, y que a veces se introduce como una rama más de aquéllas y en otras se convierte en el centro de estudio.

En la actualidad, el binomio comercio-medio ambiente, como una mancuerna, mantiene preocupado y al mismo tiempo ocupado al mundo. Es impensable hablar de protección de derechos humanos sin tomar en cuenta el medio que lo rodea y que debe de protegerse a toda costa. No puede existir un proyecto de desarrollo, empresarial, industrial, de servicios, turístico, o de cualquier otra naturaleza, que no tenga un ingrediente de protección ecológica. Es impensable la elaboración de normas jurídicas y de políticas gubernamentales que carezca de una evaluación de impacto ambiental.

Por otra parte, ¿existe alguna actividad humana que no tenga impacto, pequeño o grande, en el comercio? Quizá no estrictamente en el comercio internacional, pero la actividad comercial ha acompañado al ser humano desde su más temprana evolución. El comercio internacional ha trascendido los postulados básicos de la simple compraventa de mercancías o la prestación de servicios. Hoy, las normas de comercio tienen que ver en gran medida con aspectos de seguridad, salud, protección ecológica, regulación de la propiedad intelectual, seguridad alimentaria, derechos laborales y muchas áreas más que, al igual que sucede con el medio ambiente, se han amalgamado hasta convertir a este derecho en una masa multiforme que puede ser estudiada desde distintas perspectivas.

Mientras en derecho ambiental se discuten temas como la compraventa de bonos de carbono, en el derecho comercial internacional se debaten temas como el *dumping* ecológico. De la misma forma, existen principios compartidos por ambas disciplinas que pueden ser aplicados, aunque de manera diferenciada, por los teóricos y practicantes de ambas ramas jurídicas. Un ejemplo de estos principios lo constituye el principio precautorio, que establece que no es deseable esperar el daño para actuar en consecuencia, ni siquiera tener las pruebas científicas de su manifestación, sino que ante el primer indicio de un posible daño ambiental se puedan aplicar medidas, en esencia, gubernamentales.

En ese punto ambas áreas jurídicas se cruzan. Cuando una medida gubernamental se toma con miras a la protección del medio ambiente y esta tiene efectos negativos en los actos de comercio o en las inversiones, se origina un conflicto porque siempre habrá alguien perjudicado por el acto de autoridad o por la ausencia del mismo. En el primer caso, serán los comerciantes e inversionistas; en el segundo, la población expuesta al riesgo o daño ambiental.

Desde otra perspectiva, las medidas que toman los gobiernos para evitar el daño ecológico causado por actos de comercio pueden carecer de justificación por la falta de información científica que avale el supuesto riesgo. Ante este escenario, el Estado tiende a proteger a sus sectores empresariales o industriales, en contravía de las normas y principios del comercio internacional.

DISPOSICIONES SOBRE MEDIO AMBIENTE EN TRATADOS COMERCIALES

En primer lugar, los acuerdos comerciales se hicieron cargo de regular esta materia porque es inevitable que los actos de comercio generen efectos en el medio ambiente. Las corporaciones multinacionales, en aras de adquirir mayor presencia comercial en el mundo con sus mercancías y servicios, sacrifican entre otros los aspectos de protección del medio ambiente, porque los dispositivos que controlan y reducen las emisiones de contaminantes significan grandes inversiones que, a la postre, repercuten en los precios de las mercancías, lo que ocasiona el desplazamiento de sus productos por parte de los consumidores que aún no se familiarizan con su marca. Esto es lo que se le conoce como *dumping* ecológico, es decir, al hecho de que las empresas busquen países con normas más flexibles en cuanto a la protección del medio ambiente para producir sus productos, como sucedía con las empresas estadounidenses que ubicaban sus ensambladoras y maquiladoras en el lado mexicano de su frontera, para evitar el control de la Agencia Estadounidense de Protección Ambiental (EPA por sus siglas en inglés).

Derivado de ello, se dispuso en los acuerdos comerciales que los países no disminuirían sus requisitos de protección ambiental con el propósito de volverse más atractivos para los inversionistas extranjeros, como se pretendía desde la suscripción del Acuerdo de Protección Ambiental para América del Norte (ACAAN), uno de los dos acuerdos paralelos que conforman el TLCAN;

el otro es el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN). En este acuerdo, destacan algunas disposiciones:

Artículo 5: Medidas gubernamentales para la aplicación de leyes y reglamentos ambientales.

1. Con el objeto de lograr altos niveles de protección del ambiente y de cumplimiento con sus leyes y reglamentos ambientales, cada una de las Partes aplicará de manera efectiva sus leyes y reglamentos ambientales a través de medidas gubernamentales adecuadas, conforme al Artículo 37, tales como:¹

(...)

(l) expedir resoluciones administrativas, incluidas las de naturaleza preventiva, reparadora o de emergencia.

(...)

3. Según proceda, las sanciones y recursos previstos contra las violaciones a las leyes y reglamentos ambientales de una Parte, deberán:

(...)

(b) incluir convenios de cumplimiento, multas, encarcelamiento, medidas precautorias, clausura de instalaciones y el costo de detener y limpiar la contaminación.

En sentido contrario, es decir, incluir normas comerciales en acuerdos ambientales, no es lo más común. Las normas ambientales no tienen la finalidad de promover el comercio, aunque pudieran hacerlo de manera incidental, al discriminar a las empresas que incurren en *dumping* ecológico, como lo regula el ACAAN. El comercio internacional no es un objetivo primario de los gobiernos (salvo quizá con fines macroeconómicos) sino de las corporaciones privadas y, salvo por casos aislados como China, que tiene un control importante de las empresas exportadoras nacionales, en la mayoría de países el comercio es asunto de las empresas privadas. De esta manera, los gobiernos pueden incorporar o no dentro de sus objetivos de política nacional la

¹ Como se puede observar, el ACAAN regula ambos principios, el preventivo y el precautorio, aunque no los explica.

promoción de exportaciones y la ubicación de sus empresas nacionales como inversión extranjera directa en otros mercados, pero esta política gubernamental no deja de ser coyuntural en tanto favorece a los intereses del país.

Pero la historia ya demostró que esta estrategia puede cambiar en cualquier momento, como sucedió como consecuencia de la crisis financiera de 1929 y los actos subsecuentes, que dieron origen a una larga era de proteccionismo que todavía en estos días sigue siendo muy atractiva para muchos gobiernos, incluidos algunos latinoamericanos en tiempos recientes.

La protección al medio ambiente, al contrario, surgió como resultado de una coyuntura de crisis latente, pero no existe duda de que llegó para quedarse. Los gobiernos tienen muy clara su misión de proteger y respetar el medio ambiente, no como una política momentánea o como una estrategia políticamente correcta, ni como un mensaje positivo hacia la comunidad internacional, sino como una tarea inevitable no aislada, como un esfuerzo conjunto de la sociedad mundial del que ningún país puede sustraerse.

Debe tenerse mucho cuidado en no confundir el objetivo de ambas disciplinas. El comercio internacional no es una simple tarea empresarial que sólo le reporta ganancias económicas a los particulares; por su parte, la protección al medio ambiente no sólo es tarea de organizaciones no gubernamentales en pro de la paz y la estabilidad del planeta, ni únicamente labor de organizaciones pacifistas que sólo buscan frustrar los intereses económicos de los actores comerciales, tampoco es el centro del debate de idealistas jurídicos y políticos. La protección ambiental se ha posicionado en los ámbitos gubernamental, empresarial, académico y social en general. Desde luego, no es coyuntural y constituye uno de los pilares del desarrollo de un país, así como el objetivo de muchos organismos internacionales, incluida la OMC.

Para el escenario multilateral comercial, los acuerdos preferenciales y regionales conformados desde la misma creación del GATT (Artículo XXIV) han incorporado disposiciones de protección ambiental en sus normas. Por lo exhaustivo de este conjunto de normas, este trabajo se limita al análisis del principio precautorio como un botón de muestra para identificar la irremediable comunión de dos áreas jurídicas que no volverán a separarse.

Los tratados comerciales preferenciales y regionales, como los tratados de libre comercio y los acuerdos de complementación económica, incluyen la protección del medio ambiente de variadas maneras, ya sea como parte del texto principal del mismo acuerdo o como normas paralelas, como sucede con el TLCAN.

Este tratado constituyó la primera área de libre comercio (como tal) en el mundo que incluyó este tipo de disposiciones, aunque no lo hizo como parte del cuerpo normativo comercial sino por la suscripción de un acuerdo paralelo al comercial que, junto con el acuerdo laboral, forman parte en su conjunto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. La razón fue evitar que México se convirtiera en el destino de todas las corporaciones canadienses y estadounidenses que quisieran optar por un sistema más laxo de normas de protección medioambiental. En otras palabras, que la ventaja comparativa de México no se convirtiera en *dumping* ecológico.

COMERCIO Y PRINCIPIO PRECAUTORIO

El comercio que antes era esencialmente multilateral ahora tiene muchas raíces. Los gobiernos tienen que hacer coincidir dos aparentes objetivos contradictorios. Por un lado, promover y facilitar el comercio internacional a través de la eliminación de obstáculos innecesarios para el comercio, mediante regulaciones que propicien que la participación del Estado sea sólo en casos de necesaria e impostergable acción para contener los efectos negativos de la propia actividad comercial.

El fin de integrar el principio precautorio a los acuerdos comerciales atiende a la idea de que los problemas ambientales que tanto afectan a la comunidad internacional en su conjunto no se conviertan en un nuevo condicionante para la cooperación internacional (Guimaraes y Bárcena, 2002). Pero, desde otra perspectiva, existe una presión política importante para incorporar estos elementos ambientales en el conjunto de normas comerciales, lo que genera una aparente visión negativa de que sólo se regula esta materia por tratarse de lo políticamente correcto.

Es por ello que los países son renuentes a incorporar medidas de protección ambiental, sean correctivas, preventivas o precautorias, si no se dan como resultado de una política global. La creación de tecnologías limpias significa mayores inversiones y mayores costos de producción, lo que repercute en el deterioro de la competitividad. Esta visión limitada del comercio es la que ha truncado los esfuerzos por incorporar mayor tecnología limpia en los procesos productivos. Derivado de ello, los países actúan sólo cuando los organismos internacionales alcanzan acuerdos en beneficio del medio ambiente. En consecuencia, la solución para que los acuerdos comerciales se tomen en serio los riesgos ambientales la tienen los foros multilaterales,

en los que apartarse de estos principios acarrea el reproche de la comunidad internacional, lo que no gusta a los políticos.

Si es cierto, como explica Guimarães y Bárcena, que “Ya no tiene cabida tampoco anteponer, de una manera conflictiva, (deterioro del) medio ambiente y desarrollo, puesto que el primero es simplemente resultado de las insuficiencias del segundo”, es igualmente cierto que no todo el desarrollo económico se ha producido en detrimento del medio ambiente. Pero lo que no genera dudas es que el comercio comenzó a tomar en serio la preocupación por el medio ambiente apenas desde la Conferencia de Río en 1992, mientras que la OMC se hizo cargo del tema a partir de la Conferencia Ministerial de Singapur, en 1996². Nunca antes los países ni los actores del comercio pensaron en el medio ambiente como una más de sus estrategias comerciales de desarrollo. Como lo mencionó Joseph Stiglitz en 2001, “hay el sentimiento creciente de que quizás nos hemos equivocado al poner demasiado énfasis en los intereses materiales egoístas, y demasiado poco en los compartidos”.

ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

El principio precautorio se integró como parte de una más de las tesis consagradas en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, aunque no puede decirse que éste fue su origen, sino simplemente que se integró como una pieza fundamental para el control de los posibles impactos negativos en el medio ambiente. Es en la posibilidad no claramente prevista de daño que este principio encuentra su fundamento, porque ya no es deseable regular de forma jurídica las manifestaciones dañinas desde la perspectiva del derecho ambiental, sino que debe de hacerse de manera holística.

La Declaración de Río dispuso que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán de aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Este acto internacional se considera como el primer paso consolidado del principio precautorio, aunque

2 En: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/min96_s.htm Consultado el 21 de noviembre de 2013.

es preciso reconocer que los esfuerzos estatales comenzaron muchos años antes. El ejemplo clásico es el principio de precaución (*Vorzorgenprinzip*) de 1976, principio alemán sobre política ambiental precautoria.

Carmen Artigas (2001) recogió de la experiencia de años recientes seis principios básicos entorno al principio precautorio:

- Anticipación preventiva, sin necesidad de pruebas científicas que demostrarían la acción y podrían causar daños irreparables.
- Salvaguardia del espacio ecológico y ambiental, para que no se permita que el riesgo se acerque siquiera a los niveles de tolerancia establecidos.
- Proporcionalidad, como una nueva interpretación del concepto tradicional de costo-beneficio en cuanto a márgenes de error, para hacerlo más acorde con los niveles de ignorancia ante el riesgo y el daño posible.
- Deber de cuidado, entendido como una mayor responsabilidad para quienes toman decisiones que tendrán la carga de la prueba de inocuidad al medio ambiente por la decisión del cambio que proponen.
- Promoción de la causa de derechos naturales intrínsecos, enmarcada en la ampliación del concepto de daño ecológico para adecuarlos a la época actual, que la autora llama “amortiguadores ecológicos”.
- Pago por la pasada deuda ecológica, que pretende penalizar a los anti-guos infractores. La autora lo denomina “precaución a la inversa”, que sanciona la ignorancia o la falta de voluntad (¿negligencia?) del pasado, como un acto de voluntad hacia el futuro.

Todos estos elementos tendrían que tomarse en cuenta cuando se toman decisiones de autoridad, pues aunque caen en el ámbito de los Estados, no eximen a los organismos internacionales, ni a las agrupaciones de integración regional, de responsabilidad.

El principio precautorio se explica con la fórmula: Incertidumbre científica + sospecha de daño = acción precautoria. También se explica con: Riesgo = Probabilidad × Gravedad (Trouwborst, 2007), aunque esta fórmula podría aplicarse mejor al principio preventivo. Con estas fórmulas, los conceptos de incertidumbre, probabilidad, sospecha y gravedad son tan subjetivos que queda en manos de las autoridades la acción, el análisis del riesgo, la determinación del nivel de riesgo aceptable, así como la magnitud y tipo de la medida a adoptar para combatir el posible daño con oportunidad. El problema está en que en una sociedad como la actual, con tantos políticos

improvisados y corruptos, estas medidas precautorias podrían convertirse en el arma ideal para crear restricciones encubiertas al comercio³.

Para la Unión Europea, las medidas que se tomen para poner en ejercicio al principio precautorio deben ser: proporcionales al nivel elegido de protección; no discriminatorias; consistentes, basadas en un examen de costo-beneficio; sujetas a revisión de cualquier avance científico, y capaces de asignar responsabilidad (Artigas, 2001). Con estos criterios se limita la posibilidad de tomar medidas arbitrarias y poco pensadas, sin que con ellas se pueda garantizar algún porcentaje de infalibilidad.

Algunos de los problemas que genera el principio precautorio atienden a la imprecisión entorno a sus alcances. No es fácil integrar este principio en un tratado o en una ley sin tener que explicar sus límites. Por ser un principio de interpretación, generalmente en su explicación se utilizan conceptos como daño significativo, sensible, apreciable, anticipado, serio, irreversible, los mismos que cuando se traducen en peligro o en riesgo en lugar de daño son altamente discrecionales por no ser perceptibles, al menos no cuantificables ni evidentes en todos los casos. No es que se requiera precisión matemática para calcular los riesgos, pero deben existir ciertos elementos de valor que supongan, por un lado, que existe un riesgo grave, o, por el otro, que no se está utilizando el riesgo aparente para encubrir una maniobra discriminatoria en el comercio internacional.

Resulta importante destacar la diferencia que el economista Frank Knight hace respecto a los conceptos de incertidumbre y riesgo. A la primera, le asigna el carácter no cuantificable, en tanto que al riesgo, le da el carácter de incertidumbre cuantificable (Arcuri, 2007). No es clara la existencia de consenso sobre estos conceptos, pero tampoco la hay en contra, de manera que sirven como guía para tratar este tema. Así lo resolvió el órgano de apelación de la OMC, cuando dijo que aunque la definición de evaluación

3 Para el órgano de apelación de la OMC, como restricción encubierta al comercio se entiende lo siguiente: “Estimamos que puede interpretarse adecuadamente que la “restricción encubierta”, cualesquiera que sean los demás aspectos que comprenda, abarca las restricciones equivalentes a una discriminación arbitraria o injustificable en el comercio internacional aplicadas en la forma de una medida formalmente comprendida en el ámbito de una de las excepciones enumeradas en el artículo XX. (...) La cuestión fundamental ha de hallarse en el propósito y objeto de evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones a las normas sustantivas, que se prevén en el artículo XX. Cfr. G.3.13 Preámbulo del artículo XX - “restricción encubierta al comercio internacional” G.3.13.1 *Estados Unidos - Gasolina*, p. 29 (WT/DS2/AB/R).

del riesgo no requiere que los miembros de la OMC establezcan una mínima magnitud de riesgo, de cualquier manera es difícil entender el concepto de riesgo sin ninguna indicación de potencialidad. Sin embargo, la evaluación del riesgo no necesita estar expresada en términos numéricos o como una cuantificación mínima del nivel del riesgo⁴.

Quienes no concuerdan con este principio en los ordenamientos jurídicos, opinan que este representa mayores retos y obstáculos que beneficios para la sociedad mundial. Para mencionar los principales razonamientos en contra, se utilizará el criterio del que parte Arcuri. Es decir, el principio precautorio:

- “Paraliza” la actividad jurisdiccional del Estado. Aunque no siempre que se utilice este principio se debe emplear con su máxima magnitud, lo que, para efectos comerciales, se traduciría en la barrera más alta para el comercio.
- Los costos y beneficios del principio no pueden calcularse en términos de los recursos posibles que deben de emplearse, así como de los daños potenciales que pudieran producirse. Aunque el tema de la cuantificación de daños no es concluyente para la toma de decisiones gubernamentales precautorias.
- Si el peor escenario posible es altamente improbable y, por lo tanto, no sería deseable aplicarlo ante una circunstancia que bien podría predecirse científicamente, dado que los gobernantes carecen de capacidad para determinar una medida de manera correcta en todos los casos. Sin embargo, también es cierto que aunque se conozcan las posibles (aunque poco probables) consecuencias riesgosas, los gobiernos en general se sorprenden cuando éstas ocurren, inclusive si hubieren contado con las evidencias a su alcance. La mínima probabilidad se actualiza y sorprende a todos, y en ella está el riesgo latente. De cualquier manera, por la naturaleza de los daños ambientales que en ocasiones puede ser irreparables siempre es mejor una medida preventiva que una correctiva.
- El principio precautorio es incierto y sólo la ciencia es el árbitro neutral para la toma de decisiones. Pero la ciencia también tiene sus limitaciones. El hecho de vivir a orillas de una autopista de alta velocidad incrementa

4 Cfr. *US-Continued Suspension/Canada-Continued Suspension*, párrafos 569, 572, 574 y pie de página 1176 (WT/DS320/AB/R, WT/DS321/AB/R).

- el riesgo de morir como consecuencia de un choque, pero científicamente es improbable decir quién o cuándo morirá alguien. La OMC resolvió en el caso de Hormonas que incluso las opiniones minoritarias de algunos científicos, en contra de la mayoría, pueden ser válidas siempre que cuenten con sustento científico, lo que es altamente debatible. Estas opiniones minoritarias se expresan porque en ocasiones existen diversas respuestas a una misma pregunta científica.
- El miedo y la irracionalidad son las fuerzas que mueven el principio precautorio. Esto cuando sólo se analizan ciertos aspectos del principio en razón de sus posibles consecuencias y de nuevo con ponderación de la evidencia científica. Lo cierto es que cada riesgo trae consigo posibles causas, pero nunca se toma en cuenta la negligencia que casi siempre acompaña a una tragedia. Un ejemplo es la explosión del reactor nuclear de Chernóbil, Ucrania, en 1986. Las consecuencias del enfriamiento deliberado del reactor estaban contempladas, pero una negligencia en el procedimiento de operación del proyecto (que evidentemente no estaba prevista dentro de las pruebas) detonó una de las catástrofes radiactivas más grandes de la historia de ese país y del mundo.

IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN TEMAS COMERCIALES

Los temas de precaución, prevención y riesgo tienen una relación estrecha con las transacciones de comercio internacional, así como con la política estatal encargada de emprender acciones para evitar daños medioambientales provocados o como consecuencia de actos de comercio, de carreras en aras de la competitividad, de competencias por el posicionamiento de mercados, de búsquedas mezquinas por salarios y prestaciones laborales inhumanas, así como de sacrificios desmedidos por buscar la materia prima más barata y, por ello, con frecuencia de menor calidad.

El comercio internacional adoptó la bandera medioambiental desde hace ya largo tiempo y forma parte de la agenda actual y permanente de la OMC, además de que juega un papel muy importante en los tratados preferenciales y regionales en todas partes del mundo.

De acuerdo con Cheyne (2007), el principio precautorio puede incluirse en la OMC por vías excepcionales (*Gateway provisions*), específicamente mediante tres. La primera, de manera expresa, en los acuerdos de la OMC;

la segunda, de manera discrecional, por cada uno de los miembros del organismo; y la tercera, mediante referencia a fuentes externas, como práctica estatal. Podría agregarse a estas vías, la de los precedentes del órgano de apelación, que a la fecha han interpretado la evaluación del riesgo (*Risk assessment*), aunque estos precedentes tienen relación directa con el tema de las medidas sanitarias y fitosanitarias. No obstante, ninguna disposición impide que estos precedentes se apliquen de manera supletoria al tema ambiental.

Esta afirmación forma parte de un debate académico y jurídico en el marco de la Unión Europea y de la OMC; ya que, para los europeos, el principio precautorio puede aplicarse a la salud humana, animal y a la preservación de los vegetales; en tanto que para autores como de Sadeleer existe una línea divisoria en el tratamiento que debe dársele a ambos temas, el ambiental y el de la salud, ya que el conocimiento científico relacionado con la sanidad es mucho más avanzado que el que existe en el tema ambiental, debido a la falta de predictibilidad que deriva de las reacciones de los diversos ecosistemas ante el riesgo ecológico.

El principio precautorio, como parte de los compromisos comerciales internacionales, se ha centrado más en el tema de los obstáculos técnicos al comercio y las medidas sanitarias y fitosanitarias, áreas en la que se ha concentrado la mayor cantidad de precedentes del órgano de apelación en el tema precautorio y preventivo. La enseñanza doctrinal más importante de estos precedentes, respecto al principio precautorio, aparece bajo el concepto de evaluación del riesgo (*Risk assessment*), aunque no revisa de manera directa el principio precautorio, salvo en algunos casos. Por ejemplo, el caso de Hormonas resolvió lo siguiente (mismo precedente que fue adoptado por el caso de productos biotecnológicos (*EC-Approval and Marketing of Biotech Products*, *supra* n 11, párras. 7. 86-89):

La condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del derecho, los órganos normativos y los jueces. Algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho medioambiental internacional consuetudinario. El hecho de que haya sido aceptado ampliamente por los Miembros como un principio de derecho internacional general o consuetudinario parece menos claro. No obstante, consideramos que es necesario, y probablemente imprudente, que en esta apelación el órgano de apelación tome posición sobre esta importante pero abstracta cuestión. Tomamos nota de que el propio grupo especial

no hizo ninguna constatación definitiva con respecto a la condición del principio de cautela en el derecho internacional y que el principio de cautela, por lo menos fuera del ámbito del derecho medioambiental internacional, aún no tiene una formulación autorizada⁵.

En términos del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que es la materia en la que se pronuncia el órgano de apelación respecto al principio precautorio (o de cautela), se permite a los países adoptar las medidas que consideren necesarias para evaluar y garantizar su propio nivel de protección, con lo que se garantiza este principio en el ámbito nacional y en el comercial internacional, sólo limitado por el principio de no discriminación y sujeto a que no constituya una discriminación arbitraria e injustificable o una restricción encubierta al comercio.

El Artículo 5, en el párrafo 7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, regula el principio precautorio de la siguiente forma:

Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

Por su parte, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio regula este principio en su artículo 2, párrafo 10, como sigue:

Sin perjuicio de lo dispuesto en la introducción del párrafo 9, si a algún Miembro se le planteasen o amenazaran plantearse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección al medio ambiente o seguridad nacional, dicho Miembro podrá omitir los trámites enumerados en el párrafo 9 (notificación de información a otros Miembros) según considere necesario (...).

5 WT/DS26/AB/R Y WT/DS48/AB/R. Comunidades europeas. Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), del 16 de enero de 1998. Informe del órgano de apelación, párrafo 123. La referencia como principio de cautela se utiliza como sinónimo del principio precautorio.

Cuando se intenta utilizar para garantizar la protección del medio ambiente, conforme al artículo XX g) del GATT, o para medidas sanitarias y fitosanitarias, como lo dispone el artículo XX b) del mismo acuerdo, y sea una medida legítima, será válida conforme al derecho internacional.

El órgano de apelación de la OMC parece confundir el principio precautorio con el principio preventivo, en tanto que este último es el predecesor del primero, que se refiere al deber gubernamental de tomar acciones preventivas a la materialización del riesgo ya determinado de manera científica. Con base en este principio, los gobiernos pueden adoptar por el nivel alto o bajo de protección. La diferencia con el principio precautorio está precisamente en que en éste no se requiere certeza científica sobre los riesgos de daño para adoptar medidas, sino la simple sospecha del riesgo de daño (Prévost, 2005).

Como se resolvió en el caso Japón-Manzanas, el artículo 5.7 del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias no requiere la evidencia científica por sí misma, sino que en las situaciones de incertidumbre científica, cuando la información es insuficiente, es que se permite a los miembros tomar las medidas pertinentes⁸.

IN DUBIO PRO NATURA VS. IN DUBIO MITIUS

Dos principios sobre los que se ha construido la teoría del derecho ambiental y la del derecho comercial son presentados como dos premisas independientes que gobiernan cada una de sus áreas respectivas, pero que, aunque podrían presentarse como contradictorias, no lo son en el terreno práctico.

La teoría del principio de *In dubio pro natura* se elabora bajo la premisa de la protección adecuada del medio ambiente, con tres elementos esenciales (Trouwborst): la amenaza de un daño al medio ambiente, que se traduce en un riesgo serio, de naturaleza irreversible; la incertidumbre que refleja la imposibilidad científica y humana de predecir el comportamiento del medio ambiente; y la acción que, ante la conjunción de los dos supuestos anteriores, se materializa en la precaución como acto que por tomarse en un momento oportuno evita un daño inaceptable al medio ambiente.

Por ello, ante una duda por el posible e inminente daño irreparable al medio ambiente la autoridad debe tomar las acciones precautorias pertinentes. Éste es el significado de *In dubio pro natura*.

In dubio mitius, por otra parte, es un principio de interpretación muy utilizado en derecho internacional. En el ámbito comercial internacional este principio está contenido en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, en su artículo 5, párrafo 4, que dispone que: “Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio”, además de que se utiliza como un principio suplementario de interpretación (Mavroidis, 2010). El órgano de apelación ha interpretado este principio en el caso de *US-Continued Suspension/Canada* (WT/DS320/AB/R, WT/DS321/AB/R), que en sus párrafos 154 y 165 explica que “un tribunal no puede asumir simplemente que, ante la presencia de dos posibles interpretaciones de una misma disposición, los miembros de la OMC optaron por la relativamente más onerosa de las dos”.

Esta interpretación del principio *In dubio mitius* atiende al compromiso de los miembros de la OMC de que, en caso de duda respecto a dos interpretaciones de una norma que podría restringir el comercio, se opte por la que lesione menos los derechos comerciales de otro de los miembros, siempre que la medida menos lesiva sea lo suficientemente necesaria para salvaguardar los intereses legítimos y supracomerciales, como el medio ambiente, dentro de muchos otros.

Para el órgano de apelación de la OMC, los Estados soberanos no transfieren su soberanía cuando el texto de la norma jurídica no es claro. En otras palabras, no existe presunción de que los miembros puedan aplicar una norma sin importar el grado de daño que provoque en el comercio de sus socios, por mucho de que con ella se protejan intereses legítimos. *In dubio mitius* significa que siempre deberá ponderarse ante la duda y tomar la medida que menos lesione el comercio internacional, siempre que sea lo suficientemente necesaria para resolver el problema del medio ambiente, para situarlo en el caso concreto de este análisis.

Otra inquietud es si ambos principios chocan. De manera más concreta, la duda es si al aplicar uno de los dos principios de modo automático se vulnera o deteriora el otro. La respuesta puede tener muchas interpretaciones y no puede analizarse de manera exclusiva desde el punto de vista teórico. Resolver con un sí o con un no sería tanto como caer en conclusiones maniqueas propias de algunas organizaciones no gubernamentales y de grupos radicales que pretenden encontrar en todo la prueba fehaciente del divorcio entre el comercio y el medio ambiente.

Una respuesta objetiva sería que ambos principios no chocan en primera instancia. Casos como el de Neumáticos de Brasil⁶ en la OMC, son una prueba de ello. La pregunta no es cuál derecho prevalece más, si el comercio o el medio ambiente (que sería la postura radical de la que no existe duda), sino si la aplicación de las normas de comercio internacional vulneran necesariamente el medio ambiente o si, al contrario, la aplicación de estándares de protección ambiental infringen los derechos comerciales amparados por la OMC.

El órgano de apelación, en este caso, lo explicó de la siguiente forma:

El principio fundamental es el derecho que tienen los Miembros de la OMC de determinar el nivel de protección que consideren adecuado en cada situación. Otro elemento decisivo del análisis de la necesidad de una medida con arreglo al apartado b) del artículo XX es su contribución al logro objetivo. Existe esa contribución cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida en cuestión. Para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable. Sin embargo, su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante, sobre todo si la medida de que se trata es tan restrictiva del comercio como una prohibición a las importaciones. Por lo tanto, la contribución de la medida debe confrontarse con el grado en que restringe el comercio, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o los valores a que responde el objetivo perseguido con ella.

Lo primero que debe tenerse presente es que ambos principios parten del mismo puerto, ambos son normas de interpretación que buscan aplicar un criterio en caso de duda. Por lo tanto, la premisa es que todos los países protejan el medio ambiente y no vulneren los derechos comerciales de sus socios.

El punto de análisis se centra en aquellas situaciones en las que ambos derechos, el ambiental y el comercial, rozan entre sí. El caso de Neumáticos resolvió que la protección del medio ambiente debe ser prioritaria y concluyó que la medida adoptada por Brasil era tan restrictiva como necesaria para proteger al medio ambiente, que cualquier medida menos restrictiva al comercio no habría tenido el efecto necesario para proteger al medio ambiente. Si el caso fue resuelto en contra de Brasil no fue debido a que la OMC no velara

6 Cfr. WT/DS332/R para el informe del grupo especial y WT/DS332/AB/R para el informe del órgano de apelación.

por el medio ambiente, como lo quisieron ver algunos, sino porque Brasil lo protegía ante el comercio de neumáticos con la Unión Europea y no del comercio con Argentina, lo que el OSD consideró como una discriminación arbitraria e injustificable y una restricción encubierta al comercio.

Así lo explicó el órgano de apelación:

En nuestra opinión, este abuso existe y hay en consecuencia discriminación arbitraria o injustificable cuando una medida justificada provisionalmente con arreglo al apartado del artículo XX se aplica de manera discriminatoria “entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones” y cuando las razones dadas para esa discriminación no tienen ninguna conexión racional con el objetivo comprendido en el ámbito de un apartado del artículo XX, o irían en contra de ese objetivo. La evaluación de si la discriminación es arbitraria o injustificable debe hacerse a la luz del objetivo de la medida.

El principio de *In dubio pro natura* se hizo evidente en este caso al restringirse el comercio de un producto tan potencialmente contaminante y causante de enfermedades cuando se hace su disposición final, ya que al incendiarse los neumáticos provocaban contaminación ambiental extrema, o al apilarse se convertían en focos de infección. Ante la duda de sus exactos impactos ambientales y de riesgo para la salud, Brasil aplicó la medida más restrictiva para proteger ambos valores. Esta aparente violación del principio de *In dubio mitius* fue resuelta por el panel cuando se demostró que no hubo violación del principio porque no habría podido aplicarse una medida menos restrictiva que al mismo tiempo fuera suficiente para contrarrestar el daño y prevenir riesgos.

El posible choque entre ambos principios, en conclusión, podría presentarse siempre que, ante la variedad de medidas posibles necesarias y suficientes para contener el daño o el riesgo de daño al medio ambiente (o a otros valores contemplados en el artículo XX del GATT), se eligiera la más restrictiva del comercio internacional. Proteger el medio ambiente no tiene que necesariamente afectar al comercio internacional y viceversa, las relaciones comerciales no implican siempre el deterioro irremediable del medio ambiente.

IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN AMÉRICA LATINA

América Latina siempre es un caleidoscopio muy interesante de analizar, porque sus coincidencias históricas, lingüísticas (en su mayoría) y culturales permiten a su vez coincidencias jurídicas y políticas en muchos ámbitos, aunque no de manera suficiente como para lograr armonizar sus objetivos comerciales. Es precisamente en este sector que es necesario hacer hincapié para determinar el trato que se le ha dado a un principio como el precautorio, en el marco de los acuerdos comerciales de la región.

La región latinoamericana está plagada de acuerdos comerciales, como lo está todo el mundo. Particular importancia para este trabajo representa esta región, debido al incremento súbito en épocas recientes de tratados y controversias comerciales, determinantes para tomar rumbos distintos en temas ambientales de urgente armonización, no sólo desde su perspectiva independiente, sino como parte de compromisos comerciales multiformes.

El proceso de integración latinoamericano, a la par de los acuerdos de preferencias arancelarias, ha tomado cursos diferentes.

DISPOSICIONES MEDIOAMBIENTALES EN LOS TRATADOS COMERCIALES DE AMÉRICA LATINA

Los acuerdos comerciales en América Latina incorporan la protección del medio ambiente y en algunos casos de manera expresa el principio precautorio, específicamente en temas relacionados con las medidas sanitarias y fitosanitarias, aunque podrían aplicarse de manera supletoria a medidas medioambientales. Pero, en muchos casos, la regulación que expiden es sobre el principio preventivo que se emplea para proteger el medio ambiente cuando existen pruebas científicas que justifican el riesgo. Pero sobre el principio precautorio hasta hoy se han hecho pocos esfuerzos.

Unos pocos ejemplos de regulación sobre el principio precautorio son los siguientes:

El Tratado de Libre Comercio entre México y el Triángulo del Norte (Guatemala, Honduras y El Salvador, en vigor desde 2001) regula, en su capítulo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículo 5), que:

...cuando una Parte lleve a cabo una evaluación de riesgo y concluya que los conocimientos científicos u otra información disponible son insuficientes para completar la evaluación, podrá adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria de manera provisional, fundamentándola con la información disponible”. Además, dispone que “Una Parte podrá adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria de manera provisional, cuando de la evaluación de riesgo se concluya que los conocimientos científicos u otra información disponible son insuficientes para completar la evaluación.

La misma disposición está incluida (también para medidas sanitarias y fitosanitarias), en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Centroamérica (con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, de 1999), como también en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (uno de los acuerdos paralelos del TLCAN).

Pocos son los acuerdos que regulan de manera expresa el principio precautorio, y cuando lo hacen es para limitarlo a las medidas sanitarias y fitosanitarias, lo que obliga a interpretar de manera supletoria en beneficio del medio ambiente. En la mayor parte de los acuerdos comerciales se regula de forma más clara el principio preventivo.

Cuando se regula el principio precautorio se hace de manera provisional, o se confunde con el principio preventivo, y es supeditado a análisis científicos sin especificarse el grado de certidumbre o incertidumbre científica necesaria.

REFLEXIONES FINALES

De nada sirve que los países latinoamericanos estén siempre tan dispuestos a suscribir compromisos internacionales en materia de protección del medio ambiente si no evolucionan las disposiciones de sus tratados comerciales hacia una vinculación más estrecha y responsable con los compromisos ambientales. El principio precautorio es una muestra de varias afirmaciones: primera, que el comercio y el medio ambiente son un binomio indisoluble; segunda, que ambas materias no están necesariamente en contraposición y que pueden convivir y lograr sus objetivos sin entorpecerse entre ellas; tercera, es precisamente con el principio precautorio en los acuerdos comerciales como se podrá armonizar ambas materias y se podrán alcanzar más y mejores compromisos comerciales; cuarta, es fundamental que se siga discutiendo este principio en los foros de solución de controversias, aunque ello no debe convertirse en un obstáculo para que se haga lo mismo en los

parlamentos nacionales y en la definición de políticas gubernamentales, así como discusiones en el marco de los organismos internacionales, ahora ya no sólo ambientales o comerciales.

Ha quedado ya en evidencia que los organismos internacionales, en conjunto con la sociedad civil, forman conglomerados multidisciplinarios en los que pueden tratarse los temas de importancia global de una manera holística, en la que se haga del escenario jurídico un caleidoscopio muy variado que puede comprobar su eficacia en un plazo breve.

América Latina es un escenario ideal para desarrollar con precisión el principio precautorio, ya que esta zona tiene un comercio muy dinámico entre sus miembros. Existe una sociedad comercial que, aunque con diferencias (que en algunos casos han devenido en desencuentros) políticas, sociales, ideológicas y comerciales, está produciendo efectos muy importantes en la comercialización de productos farmacéuticos, en el auspicio de pruebas y comercialización de productos genéticamente modificados, entre otros artículos de los que todavía no se cuenta con resultados científicos concluyentes sobre su eficacia e inocuidad.

Por ello, el principio precautorio juega un papel preponderante en América Latina, para que se incorpore dentro de las posibilidades de los gobiernos para contrarrestar el enorme peso de los intereses comerciales de las grandes corporaciones privadas, no en el sentido de frenar sus inversiones, sino para exigirles que presenten la mayor información posible de la eficacia y seguridad de sus productos y procesos, en beneficio de esta comunidad con alto potencial económico.

La región no puede quedar excluida de estos foros de discusión, además de que no existe ninguna traba para que también tome la iniciativa para innovar en sus acuerdos regionales con normas comerciales de nueva generación, que incorporen nuevos ingredientes a la discusión global para la protección del medio ambiente desde la perspectiva comercial que parece no desacelerar después de tantos años. La tarea sigue pendiente, pero el objetivo no ha dejado de ser el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCURI, ALESSANDRA (2007). *Reconstructing Precaution, Deconstructing Misconceptions*. En: *Ethics & International Affairs*, 21, 3; ABI/Inform Global.
- ARTIGAS, CARMEN (2001). El principio precautorio en el derecho y la política internacional. Naciones Unidas, Santiago de Chile: CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile.
- BODANSKY DANIEL, BRUNÉE JUTTA AND HEY ELLEN (2007). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: OUP.
- CHEYNE, ILONA (2007). *Gateways of the Precautionary Principle in WTO Law*. *Journal of Environmental Law* (2007), vol. 19. n.º 2, 155-172.
- GUIMARÃES, ROBERTO P., y BÁRCENA, ALICIA (2002). Capítulo 1. El desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe desde Río 1992 y los nuevos imperativos de institucionalidad. En: *La transición hacia el desarrollo sustentable. Perspectivas de América Latina y el Caribe*. Leff, Enrique, et. al. (Comp.), México. Ref. http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/consultaPublicacion.html?id_pub=363
- JANS AND, JAN; VEDDER, HANS H. B. (2012). *European Environmental Law. After Lisbon*. 4th ed. Groningen: Europa Law Publishing.
- KISS, ALEXANDRE AND, SHELTON, DINAH (2007). *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES (2007). "Precaution in International Law: Reflection on its Composite Nature." In Malick Tafsir and Wolfrum Rüdiger. *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- MAVROIDIS, PETROS C. (2010). *The Law of the World Trade Organization*. USA: Ed. West.
- MONTINI, MASSIMILIANO (2009). *Unione Europea e Ambiente*. In: S. Nespore, A. L. De Cesaris. *Codice Ambientale*. Italia: Giuffrè Editore.
- PRÉVOST, DENISE (2005). *What Role for the Precautionary Principle in WTO Law after Japan-Apples?* *Journal of Trade & Environment Studies*, Volume 2 (4).
- TROUWBORST, ARIE (2007). *The Precautionary Principle in General International Law: Combating the Babylonian Confusion*. RECIEL 16 (2), USA.

MICHELLE RATTON SANCHEZ BADIN*

*Tendências regulatórias nos acordos regionais
de comércio do Brasil e do Mercosul: um primeiro
mapeamento frente a outras tendências internacionais*

RESUMO

Considerando a crítica de que o Brasil tem optado por um isolamento estratégico diante da tendência da proliferação de acordos regionais de comércio, o objetivo deste estudo é traçar o perfil regulatório deste tipo de acordo assinado pelo Brasil, isoladamente ou em bloco com o Mercosul. Para tanto, este artigo procura identificar algumas características gerais destes acordos, para então contrastá-las com processos similares adotados por outros demais países do grupo BRICS – Rússia, Índia, China e África do Sul, frente ao movimento de integração profunda, apresentados nos modelos de acordos qualificados como típicos do século XXI.

PALAVRAS-CHAVE

Comércio internacional. Brasil. MERCOSUL. BRICS. Acordos regionais de comércio. Tendências regulatórias.

I. INTRODUÇÃO

A cada ano, de dez a quinze novos acordos regionais e preferenciais de comércio (ARCS)^I são notificados ao mecanismo de transparência da Orga-

* Professora com dedicação em tempo integral na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EDESP). É doutora com distinção (2004) e bacharel (1998) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Foi uma das coordenadoras do Projeto Regulação do Comércio Global, junto ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) do governo federal (2011-2013), do qual este artigo é fruto. Integraram a equipe desta pesquisa: Marina Egydio de Carvalho, João Roriz, Lucas Taschetto, Milena de Azevedo Fonseca e Nathalie Sato. Agradeço a Vera Thorstensen, no Centro Global de Comércio e Investimento da Escola de Economia da FGV, e também a Ivan Tiago Machado de Oliveira do IPEA pelo apoio ao projeto. As conclusões, opiniões, erros e omissões neste texto são de responsabilidade exclusiva minha. E-mail: (Michelle.Sanchez@fgv.br).

I A terminologia Acordos Regionais de Comércio (ARC) e Acordos Preferenciais de Comércio (APC) tem sido utilizada de forma confusa pela literatura especializada e pela própria Organização Mundial do Comércio (OMC), nos últimos anos. Se num primeiro momento, ARC foi a terminologia aplicada para os acordos com países de uma mesma região, que eram celebrados com base na exceção prevista no artigo XXIV do GATT, entre 2010 e 2011, a OMC, tendo em vista a ampliação dos acordos com preferências comerciais celebrados extra-região generalizou todas as tratativas como APC. Esta concepção foi apresentada no WTO, World Trade report, Geneva, WTO, 2011. Em 2012, o Secretariado da OMC decidiu revisar este conceito e restringir a aplicação desta nomenclatura APC apenas para aqueles acordos com concessões unilaterais e qualificar residualmente todos os

nização Mundial do Comércio (OMC). Até julho de 2013, 379 era o número estimado pela organização de acordos em vigor². Em relatório recente da OMC, esses acordos foram enquadrados em três fases de regionalismo: *i*) a formação de blocos regionais, entre os anos 1950–1960, para a intensificação de comércio entre suas partes; *ii*) a ampliação destes propósitos nos anos 1980–1990 para uma integração não só por reduções tarifárias, mas também com regras de origem comuns e padrões próprios, com vistas à formação de mercados únicos; e *iii*) o mais recente processo, a partir dos anos 2000, com um foco no aprofundamento dos processos de integração por meio de um adensamento regulatório nas áreas do comércio de serviços, circulação de capitais, propriedade intelectual, padrões trabalhistas e ambientais (WTO 2011, pp. 52–3). Baldwin (2011) passou a denominar este último de regionalismo do século XXI.

O Brasil tem sido enquadrado como uma exceção na atual tendência de liberalização comercial por meio de ARCS em versão século XXI, marcado por vínculos entre a regulamentação de comércio de bens, comércio de serviços e investimentos (Baldwin 2011). As grandes economias, tais como EUA e UE, são tidas como os principais agentes deste movimento (Horn; Mavroidis; Sapir, 2009) mas crescentemente economias de renda médias têm ocupado espaço neste cenário (Wto, 2011; Sanchez Badin, 2012).

Este artigo pretende iniciar um exercício de análise sobre como tem sido consagrada a estratégia de ARCS na política comercial do Brasil e do Mercosul³ nas últimas décadas, com enfoque no perfil de regras presentes nesses acordos. O objetivo é contrastar esta estratégia regulatória em ARCS com aquela que tem sido adotada por países de dois blocos, política e economicamente relevantes para o Brasil e o Mercosul, sendo eles: *i*) as economias centrais dos Estados Unidos da América (EUA) e da União Europeia (UE) – tradicionais

acordos de livre comércio como ARCS. Para mais detalhes, v. Oliveira, T. e Sanchez Badin, M. R., *Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI*. Brasília, IPEA, 2013, p. 14.

2 Conforme dados disponíveis em http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm (acesso em setembro de 2013).

3 Conforme Decisão do Conselho do Mercado Comum de 1995, Decisão CMC n.º 9/95, quaisquer negociações de acordos de comércio de caráter preferencial devem ser assinados pelo Mercosul em bloco. Por isso, a vinculação à estratégia de ARCS e mega-acordos é uma questão que se coloca não apenas para o Brasil, individualmente, mas para o Mercosul enquanto bloco e a relação entre os seus estados partes. Para acesso à íntegra da decisão, v. www.mercosur.int (acesso em setembro de 2013).

parceiros comerciais do Brasil e do Mercosul⁴ e líderes neste movimento de ARCS-século XXI⁵ (e *ii*) os demais países do BRICS – países com importância para articulação política e de crescente importância comercial⁶ para o Brasil e o Mercosul (Kegel e Amal, 2013). O foco na análise do primeiro grupo tem por fim mapear quais são as tendências dos ARCS-século XXI, enquanto que do segundo grupo (BRICS) objetiva compreender suas estratégias de ARCS, tanto com países dos seus entornos como extra-entorno, para então contrastá-las com aquelas adotadas pelo Brasil e pelo Mercosul nas suas relações comerciais.

Considerando, portanto, o crescente número de ARCS e as possibilidades de conflitos com os padrões regulatórios estabelecidos pelo sistema multilateral da OMC (Estevadeordal; Suominen; Teh, 2009) e também dos ARCS entre si e seus subsistemas (Horn; Mavroidis; Sapir, 2009), um parâmetro adotado neste artigo, para comparação do perfil regulatório é o quanto estes ARCS possuem regras idênticas, mais rígidas ou detalhadas, ou para além das regras da OMC – qualificadas, respectivamente, como *OMC-in*, *OMC-plus* e *OMC-extra*⁷. Uma primeira avaliação que se objetiva com este artigo é sobre o quanto a estratégia regulatória do Brasil tem se diferenciado daquela

4 Os EUA e a UE estão entre os cinco principais parceiros comerciais, tanto para a importação quanto para a exportação de bens, de todos os países do Mercosul, sendo a única exceção o Paraguai no destino de suas exportações. Cf. dados disponíveis em stat.wto.org, atualizados até abril de 2013 (acesso em setembro de 2013).

5 Cf. Heydon e Woolcock (2009, p. 4): “United States, the European Union, the European Free Trade Association (EFTA), Japan and Singapore – the “core entities”. These are some of the leading proponents of preferential agreements and the ones that have promoted the idea of comprehensive agreements or agreements that include a range of deeper integration issues as well as tariffs and non-tariff barriers to trade. They are thus more likely to shape the nature of the international trade and investment system.”

6 A China já está se encontra entre os cinco principais parceiros comerciais dos países do Mercosul, com a exceção de Bolívia (em processo de acessão ao Mercosul) e Paraguai quanto a destino de exportações. A Rússia está entre os cinco principais destinos do Uruguai, sendo o único outro país que não EUA e EU fora da região entre os principais parceiros comerciais do Mercosul. Cf. dados disponíveis em stat.wto.org, atualizados até abril de 2013 (acesso em setembro de 2013). Conforme estudo elaborado pela Agência Brasileira de Exportações, África do Sul e Índia estão entre os países com os quais o Brasil mais aumentou o seu comércio nos últimos dez anos (AEB 2012, p. 13 e 15).

7 MANSFIELD; MILNER (2010) qualificam como *OMC-in* as regras que reproduzem ou reforçam as regras já negociadas no âmbito multilateral da OMC. Horn, Mavroidis e Sapir (2009), por sua vez, qualificam como regras *OMC-plus* aquelas que regulamentam matérias já discutidas ou analisadas na OMC e como *OMC-extra* as regras cujas matérias não foram reguladas no âmbito da OMC.

adotada por outros países, não apenas em termos de número de acordos mas também de parceiros e áreas reguladas.

Para tanto, o artigo, além desta introdução e das considerações finais, está dividido entre três outras partes: a apresentação das tendências regulatórias identificadas nos ARCS-século XXI, a partir de exemplos de acordos assinados por EUA e UE; a análise do perfil regulatório dos ARCS do Brasil e do Mercosul, intra e extra região; e a contraposição com os ARCS assinados pelos demais países BRICS. O resultado é um mapeamento descritivo do perfil regulatório de importantes movimentos de ARCS e a contextualização da posição do Brasil e do Mercosul diante desses movimentos.

2. TENDÊNCIAS REGULATÓRIAS DE “ARCS-SÉCULO XXI”: EXEMPLOS DOS EUA E DA UE

Os EUA e a UE têm sido protagonistas nos movimentos de ARCS-século XXI, de acordo com Heymon e Woolcock (2009, p. 4) estes acordos devem estabelecer o referencial para os fluxos globais de comércio e investimento. A UE é um bloco que tradicionalmente investiu em acordos para preferências comerciais, desde os anos 1970, seja por meio de tratativas bilaterais seja plurilaterais. Esse movimento teve em consideração a importância de manter os laços econômicos criados em períodos históricos desde o século XV, sobretudo por meio do processo de colonização. No caso dos EUA, o movimento para celebração de acordos preferenciais de comércio a partir dos anos 1990 apenas.

No caso dos acordos dos EUA e da UE, o recorte dos acordos analisados procurou identificar regras gerais e que sejam tendências em acordos sem perfil geopolítico e fora do contexto regional. Neste conjunto, foram selecionados cinco acordos dos EUA de um conjunto de 14 ARCS assinados, sendo eles Cingapura, Chile, Austrália, Marrocos e Peru; no caso da UE, foram selecionados quatro acordos da UE de um conjunto de 26 ARCS assinados, quais sejam, México, África do Sul, Chile e Coreia (Sanchez Badin 2011).

O primeiro eixo temático de análise nos ARCS dos EUA e da UE são as concessões tarifárias preferenciais. Estudos sobre estes acordos têm considerado o quanto o foco destes ARCS-século XXI não é mais as concessões tarifárias; o que se justificaria pelas baixas tarifas já aplicadas por EUA e UE (WTO 2011; Heymon e Woolcock 2009). Contudo, um ponto relevante e pouco abordado na literatura internacional é que a discriminação das concessões para o comércio de bens não agrícolas e de bens agrícolas se mantém nos

ARCS da UE e dos EUA e, por vezes, de forma ainda mais protecionista do que o sistema multilateral da OMC⁸. Em alguns acordos, como o UE-México e EUA-Cingapura, não há sequer regulamentação tarifária para o setor – no caso UE-México existe apenas a previsão de que as partes devem cooperar no setor, sem qualquer obrigação específica.

Notadamente, os acordos assinados por UE e EUA e analisados aqui contêm não só previsões específicas para concessões tarifárias para o comércio de bens não agrícolas e de bens agrícolas, como também regulamentações específicas para estes dois setores, com características OMC-*plus*⁹. Isto inclui a previsão de procedimentos aduaneiros específicos para além daqueles estabelecidos na OMC.

Esta distinção entre bens não agrícolas e bens agrícolas também se mantém na previsão de alguns mecanismos especiais de defesa para o caso do setor agrícola. Neste sentido, destacam-se as cláusulas de salvaguarda específicas para o setor, previstas em todos os acordos analisados da UE e dos EUA, com a única exceção do acordo EUA-Chile. Seguindo a mesma tendência, tem-se a proteção do setor têxtil, em especial nos acordos dos EUA com os países da Ásia, como o caso do acordo EUA-Cingapura.

Oito temas comuns regulados pelos acordos da UE e dos EUA possuem regras de carácter OMC-*plus* ou OMC-*extra* e procedimentos para sua implementação: *i*) regras de origem; *ii*) salvaguardas; *iii*) serviços; *iv*) propriedade intelectual; *v*) investimento, *vi*) concorrência; *vii*) compras governamentais; *viii*) meio ambiente; e *viii*) cláusula social.

Em regras de origem, os acordos reproduzem algumas regras gerais da OMC, definem algumas regras sobre o conteúdo de valor agregado regional e, ainda, algumas regras especiais para determinados setores. A totalidade dos acordos selecionados dos EUA (com Cingapura, Chile, Austrália, Marrocos e Peru) define as regras de origem de carácter OMC-*plus* e ainda preveem mecanismos de solução de controvérsias para a implementação das obrigações previstas em tais dispositivos. Essa realidade se repete nos casos dos acordos

8 SCHAEFER (2007, p. 588) identifica que a agricultura dos EUA tendem a apresentar a mesma sensibilidade de quando o tema é objeto de negociações multilaterais na OMC.

9 As únicas exceções são os acordos UE-México e EUA-Cingapura para o comércio de bens agrícolas. A classificação como OMC-*plus* é qualificada neste caso como OMC-*plus* negativo, vez que apesar de incrementar um compromisso no âmbito da OMC, regula-o de forma mais protetiva e menos liberalizante do comércio internacional. A respeito deste conceito, em contraponto ao OMC-*plus* positivo, v. CARVALHO (2012).

entre UE-África do Sul e UE-Chile, mas não no caso de UE-México, que é um acordo marcadamente simples em termos regulatórios, nem no acordo UE-Coreia do Sul, que por outro lado é um acordo bastante complexo. Há apenas previsão de cooperação sobre o tema no acordo UE-México, e nenhuma previsão no UE-Coreia do Sul.

Na parte relativa a medidas de defesa comercial, é regra em todos os acordos dos EUA e da UE a previsão de salvaguardas bilaterais, para além das previsões de salvaguardas globais presentes nos acordos da OMC. As salvaguardas bilaterais, especificamente, contêm a previsão de procedimentos específicos e, por vezes, são aplicadas durante o período de transição previsto nos acordos. Novamente, curiosas exceções a estes casos são os acordos entre UE-México e UE-Coreia do Sul. No primeiro, repete-se a restrição à mera cooperação na área pelas partes; e no acordo UE-Coreia do Sul, há previsão do mecanismo de salvaguarda, porém sem que esteja submetido ao procedimento de solução de controvérsias do acordo.

As disposições sobre serviços e propriedade intelectual, presentes em todos os acordos selecionados da UE e dos EUA, também se caracterizam por se qualificarem como *OMC-plus* e *OMC-extra*. Os compromissos sobre serviços, em geral, norteiam-se pelos mesmos princípios da OMC para relação entre as partes (transparência, tratamento nacional etc), mas consolidam o processo de liberalização por meio de listas negativas, ou seja, o que não estiver excepcionado claramente na lista está liberalizado. Apenas por assumir este formato, entende-se no mapeamento que as regras se qualificam com *OMC-plus*. Uma única exceção a esta regra, dentre os acordos analisados dos EUA e da UE, é o acordo UE-África do Sul que apenas reitera os compromissos estabelecidos entre as partes no âmbito da OMC. Em todos os demais casos, as regras *OMC-plus* estão sujeitas a mecanismos de solução de controvérsias específicos de cada acordo.

Por seu turno, propriedade intelectual é uma área que se mostra bastante priorizada por UE e EUA e que apresenta regras de caráter *OMC-plus* e *OMC-extra*. As regras de caráter *plus* procuram estender direitos já previstos na OMC, como, por exemplo, um maior prazo para a proteção de patentes. As regras *extras* incluem tanto aquelas que incorporam novos compromissos ou áreas aos acordos como a inclusão de novos tratados aceitos pelas partes, a exemplo da *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants* (UPOV Convention) e também a definição de novos procedimentos de implementação dos direitos no nível doméstico – a exemplo da crimi-

nalização da violação de determinados direitos estabelecidos como parte do acordo. No caso dos EUA, todos os acordos selecionados submetem os dispositivos sobre propriedade intelectual ao mecanismo de solução de controvérsias do APC. Nos acordos da UE, este cenário de perfil de regras e mecanismo de implementação se repete para os acordos com África do Sul e Coreia do Sul, mas não para o acordo com o México que tem regras *plus e extra*, porém sem mecanismo de implementação, nem para o acordo com o Chile que apenas reproduz os compromissos assumidos no âmbito da OMC (*OMC-in*).

Aqueles conhecidos como “novos temas” – concorrência, compras governamentais, meio ambiente e cláusula social – são exaustivamente regulados pelos acordos dos EUA e por sua própria natureza de temas não regulados multilateralmente nos acordos da OMC são qualificados como *OMC-extra*. Essas novas áreas estão, no entanto, sujeitas a procedimentos específicos de solução de controvérsias previstos em cada acordo. Dentre os novos temas, o da concorrência é certamente aquele priorizado pelos acordos europeus. De maneira geral, quando não definem obrigações específicas para os novos temas, os acordos europeus preveem mecanismos de cooperação na respectiva área.

No caso dos EUA, regras sobre investimento também se inserem no rol de novos temas com regulação de caráter *OMC-extra*, ademais, contam com mecanismo específico no APC para solução de controvérsias, de natureza investidor-Estado. Esta é a característica de todos os acordos selecionados dos EUA.

Alguns temas, porém, são relegados a um segundo plano nos acordos da UE e dos EUA. Um primeiro conjunto deles se reduz a fazer a referência aos compromissos no âmbito da OMC, este é o caso das regras de medidas de defesa comercial quanto a medidas *antidumping* e medidas compensatórias e das regras sobre barreiras técnicas ao comércio e medidas sanitárias e fitossanitárias.

Um segundo grupo são os temas que nem sequer são mencionados nos acordos, como, por exemplo, é o caso de subsídios e também de medidas *antidumping* e medidas compensatórias nos acordos dos EUA.

Um terceiro grupo limita-se apenas à indicação de cooperação entre as partes. Estes casos estão presentes apenas nos acordos da UE, com destaque para a regulamentação dos novos temas. A UE também previa esta estrutura para o capítulo com dispositivos sobre investimentos relacionados ao comér-

cio, diferentemente dos EUA que resguardam um caráter bastante regulado e com mecanismos vinculantes para a implementação das obrigações na área.

3. O PERFIL REGULATÓRIO DOS ARCS DO BRASIL E DO MERCOSUL

O Brasil tem assumido dois eixos distintos para a negociação de ARCS. Uma primeira frente de acordos celebrados no âmbito da Associação Latinoamericana de Integração (ALADI), com países da América Latina, nestes casos são acordos individuais ou em bloco com o Mercosul. E, outra frente, com países com países de fora da região, sempre celebrados a partir do Mercosul (com base na Decisão CMC n. 9/95).

A ALADI é resultado de um processo, lançado na década de 1960 com a Associação Latinoamericana de Livre Comércio (ALALC), para a ampliação do potencial dos mercados latinoamericanos na produção de bens industrializados e o estímulo para o incremento do comércio entre os países da região. O Tratado de Montevideu de 1980 (TM80), criou a ALADI em substituição à ALALC, a partir de reformas que objetivaram atingir uma maior flexibilidade no processo de integração, com respeito ao nível de desenvolvimento de cada um dos países integrantes daquele projeto¹⁰.

O TM80 previu dois tipos principais de acordos que podem ser celebrados pelos membros da ALADI: os acordos de alcance regional (AR), assinados por todos os membros da ALADI¹¹; e aqueles de alcance parcial (AAP). Os AAP são aqueles assinados entre alguns membros da ALADI ou com países de fora do processo de integração nos termos dos artigos 25 e 27 do TM80¹².

10 Integram a ALADI, desde 1980: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. No final do ano de 1998, Cuba passou a integrar a associação; em 2011, foi concluída a adesão da Nicarágua; e, em 2012, foi aceita a adesão do Panamá.

11 Os acordos de alcance regional podem se subdividir em categorias, conforme artigo 60. do TM80 e, na prática, assumiram o formato de acordos de acesso a mercado, acordos de preferências tarifárias, acordos sobre barreiras técnicas ao comércio, acordos sobre cooperação e intercâmbio de bens culturais, educacionais e científicos e acordos de cooperação científica e tecnológica

12 Os AAP subdividem-se em cinco outras categorias (artigo 80. TM80): i) acordos comerciais; ii) acordos de complementação econômica (AAP.CE ou, simplesmente, ACE), que têm por objetivo promover o desenvolvimento e a complementaridade dos processos produtivos da região; iii) acordos agropecuários (AAP.AG); iv) acordos de promoção de comércio (AAP.PC); v) outras modalidades para regular matérias específicas, nos termos do artigo 14 do TM80.

Dentro do escopo de acordos de complementação econômica da ALADI, encontra-se o próprio Mercosul. O bloco foi criado, em 1991, por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com a assinatura do Tratado de Assunção. O objetivo do Mercosul seria a criação de um mercado comum com a livre circulação de serviços, mercadorias e fatores de produção, tendo por base uma tarifa externa comum (TEC) e também com políticas macroeconômicas e setoriais comuns¹³. O Mercosul também se caracteriza pelo regionalismo aberto, o que significa dizer que não somente visa aumentar o comércio intrazona, mas também estimular o intercâmbio comercial com terceiros países¹⁴. Além disso, o Tratado de Assunção está aberto, mediante negociação, à adesão dos demais Países Membros da ALADI. Com base neste dispositivo, foi assinado, em 4 de julho de 2006, o Protocolo de Acesso da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, e, em 7 de dezembro de 2012, o Protocolo de Acesso da República Plurinacional da Bolívia¹⁵. Estão considerados neste artigo os acordos do Brasil com países do seu entorno¹⁶, conforme recorte apresentado em Sanchez Badin *et al.* (2013).

No caso dos acordos extra-região, foram assinados cinco ARCS pelo Mercosul com países em desenvolvimento de outras regiões do globo, quais

13 A partir da análise por Amado Cervo, o arranjo do Mercosul da década de 1990 foi caracterizado pelo viés liberal comercialista, ao contrário do seu impulso inicial de integração macroeconômica na ALADI (CERVO, 2008: 162).

14 São Estados Associados do Mercosul a Bolívia (desde 1996), o Chile (desde 1996), o Peru (desde 2003), a Colômbia e o Equador (desde 2004), Guiana e Suriname (em processo de ratificação, desde 2012).

15 Em 31 de julho de 2012 com a suspensão do Paraguai do bloco, por conta da destituição do presidente Fernando Lugo, foi possível a entrada da Venezuela, que estava pendente por veto do Paraguai. Em setembro de 2013, aguarda-se, ainda, para conclusão do processo de adesão da Venezuela ao Mercosul, a aprovação do Congresso paraguaio. Cf. www.mercosur.int (acesso em junho de 2013).

16 De acordo com Baumann e Ceratti, o entorno do Brasil compreende onze países da América do Sul: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. A partir deste recorte foram considerados os seguintes acordos do Brasil e do Mercosul, registrados no âmbito da ALADI: AAP.A14TM n. 3, n. 4, n. 5, n. 6, n. 7, n. 8, n. 9, n. 10, n. 12, n. 15, n. 17; AAP.A25tm n. 38 e n. 41; AAP.AG n. 2 e n. 3; AAP.CE n. 2, 14, 18, 35, 36, 53, 54, 55, 58, 59, 62, 69; AAP.PC n. 2, n. 5, n. 7, n. 8, n. 19; AR.AM n. 1, n. 2, n. 3; ARCEYC n. 7; AR.OTC n. 8; AR.PAR n. 4. Foram excluídos basicamente os ARS que tratam de cooperação científica e tecnologia (AR.CYT n. 6), que não trata de temas relevantes para fins deste relatório, com foco em políticas comerciais, e, também, os AAPs envolvendo países de fora do “entorno”, como são os casos de: AAP.A14TM n. 12 (assinado pelo Mercosul com países da América Central); ACES n. 53, 54 e 55, assinados com o México; e ACE n. 62, assinado com Cuba. Para outros detalhes nesta seleção e análise, v. Sanchez Badin, CARVALHO e RORIZ (2013, no prelo).

sejam: os acordos Mercosul-Índia¹⁷, MERCOSUL-SACU¹⁸, Mercosul-Egito¹⁹, Mercosul-Israel²⁰ e Mercosul-Palestina²¹. Desses acordos, apenas aqueles assinados com Índia e Israel, em 2005 e 2007 respectivamente, estão em vigor²². Caminham, ainda, a passos lentos as negociações para um ARC entre Mercosul e UE²³; esse, quando assinado, virá a ser o primeiro acordo do Brasil/ Mercosul com países desenvolvidos.

Tanto o acordo da ALADI quanto o do Mercosul estão notificados como acordos em vigor no sistema da OMC²⁴. Os demais acordos da ALADI, no entanto, não são notificados. No caso dos acordos extra-região, apenas o

17 Acordo de Preferências Tarifárias Fixas (APTF) assinado entre Mercosul-Índia, em 2005, foi o primeiro que o Mercosul celebrou com país fora da região da América Latina. Este APTF está vigente desde 1.º de junho de 2009 e é apresentado como a primeira etapa de uma futura área de livre-comércio. Conforme informações prestadas pelo MDIC, em julho de 2013, a Índia demonstrou aos sócios do Mercosul interesse em estabelecer um cronograma de discussões com vistas à ampliação do acordo. O formato da ampliação e de um possível aprofundamento do acordo vigente se encontra sob análise do Mercosul. A Circular SECEX n.º 46, de 12/08/2013, instituiu nova Consulta Pública para atualização do posicionamento do setor privado brasileiro, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sobre o acesso a mercado de bens. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

18 As negociações da South African Customs Union (SACU) tiveram seu início em 2000, a partir de uma aproximação inicial da África do Sul e, em 2003, as negociações evoluíram para envolver a união aduaneira formada pela África do Sul, Namíbia, Botsuana, Lesoto e Suazilândia (SACU). Foi assinado um acordo de preferências tarifárias em 2008-2009, que ainda não está em vigor. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

19 O acordo do Mercosul com o Egito foi o segundo acordo de livre comércio assinado pelo Mercosul fora da região. Em 2010 foram encerradas as negociações, mas o acordo ainda não está em vigor. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

20 Este foi o primeiro acordo de livre comércio (ALC) assinado pelo Mercosul fora de sua região. O ALC foi assinado em 2005 e está em vigor desde 28 de abril de 2010. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

21 O acordo com a Palestina também tem o caráter de um acordo de livre comércio e foi assinado em 2011, hoje ainda pendente de ratificação. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

22 Observa-se que o tempo para a entrada em vigor tem sido entre três e quatro anos para estes acordos extra-regionais – o que significa que os demais ainda estão dentro deste prazo em junho de 2013.

23 As negociações com a UE tiveram início em 1999, mas foram interrompidas em 2004. Em 2010, as negociações biregionais foram relançadas. Para um histórico das negociações entre Mercosul e UE, v. AMARAL JUNIOR e SANCHEZ BADIN (2002), sobre a retomada das negociações e algumas de suas limitações, v. APEX (2012, prelo). Informações sobre o andamento das negociações correntes podem ser encontradas em <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=2635&refr=1893>

24 Cf. base disponível em rtais.wto.org (acesso em junho de 2013).

acordo Mercosul-Índia está notificado, apesar de o acordo Mercosul-Israel estar em vigor desde 2010.

3.1 O PERFIL REGULATÓRIO DOS ACORDOS REGIONAIS DE COMÉRCIO INTRA-REGIÃO

Conforme informações disponíveis no site da ALADI, até junho de 2013, totalizavam quinze os acordos de alcance regional (AR) e trinta e dois os AAP, assinados pelo Brasil²⁵, considerando um dos AAP o próprio acordo do Mercosul. Nota-se que cada um desses acordos é seguido de uma série de protocolos e aditivos assinados entre as respectivas partes e que, no marco institucional da ALADI, o Brasil celebrou estes acordos individualmente ou em bloco com os demais Estados Partes do Mercosul.

Primeiramente, no que tange às concessões tarifárias e áreas do comércio de bens cobertas pelos acordos, tanto o acordo quadro da ALADI como o acordo quadro do Mercosul procuram estabelecer compromissos para a desgravação tarifária, com vistas à formação de um mercado comum (artigo 1º. do tm8o e artigo 2º. do Tratado de Assunção). Em ambos os marcos regulatórios, o setor agrícola é considerado, em princípio, indistintamente do de bens industriais (*OMC-plus* positivo²⁶).

Apenas cinco acordos fazem referência distinta ao setor agrícola: *i*) dois acordos agropecuários assinados pelo Brasil (AAP.AG n. 2 e n. 3 e respectivo protocolo); *ii*) no Acordo constitutivo do Mercosul (ACE n. 18) e no seu Protocolo XXXIV²⁷; *iii*) em protocolos aos acordos do Mercosul assinados com Chile (ACE n. 35, Protocolo XLVI) e Bolívia (ACE n. 36, Protocolo XXIV); *iv*)

25 Cf. informações disponíveis pelo mecanismo de busca da ALADI, sobre acordos assinados pelo Brasil, no âmbito deste processo de integração: <http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/vpaíses/brasil?OpenDocument&CollapseView> (acesso em junho de 2013). Além destes acordos, classificados como acordos em vigor, há um registro de outros vinte e nove (29) acordos que foram assinados pelo Brasil, isoladamente ou em bloco com o Mercosul, que já não estão mais em vigor e que são classificados como acordos históricos pela ALADI, cf. <http://www.aladi.org/nsfaladi/histtextacdos.nsf/vpaíses/brasil> (acesso em junho de 2013).

26 Ver nota 10.

27 Em análise específica sobre o Mercosul, Tim Josling (2011, p. 152) conclui que a relativa escassez de disposições específicas sobre bens agrícolas no Mercosul pode ser explicada por duas razões. Em primeiro lugar, porque suas partes são grandes exportadores de bens agrícolas cuja intenção é fortalecer a indústria agrícola doméstica e promover as exportações regionais. E, em segundo lugar, porque, tais países eliminaram os monopólios estatais que previamente controlavam o comércio internacional como resultado de grandes reformas estruturais internas. Assim, aliados

nos acordos assinados pelo Mercosul com Peru (ACE n. 58) e com Colômbia, Equador e Venezuela (ACE n. 59); e *v*) no acordo assinado pelo Brasil com o Suriname (AAP.A25TM n. 41). Apenas nestes três últimos, para além da cooperação entre as partes, as partes se compromete a não aplicar medidas protecionistas ou restritivas.

O tema de regras de origem, por sua vez, é regulado em treze dos acordos analisados, sendo que estes são acordos de diferentes tipos na classificação da ALADI. Há desde acordos de alcance regional, com regimes específicos em benefícios dos países menos desenvolvidos da região (AR.AM n. 1, com Bolívia; AR.AM n. 2, com Equador; AR.AM n. 3, com Paraguai), até acordos de preferências tarifárias para membros da ALADI (AR.PAR n. 4) e para não membros (AAP.A25TM n. 38 e AAP.A25TM n. 41) e, ainda, os acordos de complementação econômica (ACES n. 2, 14, 18, 35, 36, 58 e 59). São, portanto, obrigações consideradas como OMC-*plus*.

Em matéria de defesa comercial, no tocante a medidas antidumping e medidas compensatórias, apenas cinco dos ARCS assinados pelo Brasil com o seu entorno regulam estas temáticas, sendo que todos eles praticamente reafirmam o disposto nos acordos da OMC (OMC-*in*). Vale mencionar que no âmbito do Mercosul foram publicados especificamente o 41º Protocolo Adicional que adota o Acordo Antidumping da OMC e o 42º Protocolo Adicional que Adota o Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios da OMC, ambos datados de 31 de julho de 2002. Além disso, as partes do Mercosul assinaram o 43º Protocolo Adicional que Incorpora a Decisão CMC 2/02, que disciplina os procedimentos e regras para as investigações antidumping e sobre subsídios no comércio intra-zona.

No tocante a salvaguardas, há uma preocupação maior em assegurar este mecanismo como uma forma de defesa comercial. Do total de ARCS analisados, doze deles dispõem sobre medidas de salvaguarda (OMC-*plus*). Neste grupo, encontravam-se o acordo constitutivo do Mercosul (ACE n. 18) que tinha um anexo (anexo IV) destinado a regulamentação de salvaguardas que poderiam ser aplicadas até 31 de dezembro de 1994, assim como os ACES n. 2 (Brasil-Uruguai), n. 14 (Brasil-Argentina) e n. 59 (para o caso da Venezuela após sua acesso ao Mercosul). Mas, com a expiração deste prazo, as partes não estão autorizadas a aplicar medidas de salvaguardas intra-zona. A apli-

à redução dos subsídios, estes dois fatores permitiram uma maior incorporação do comércio agrícola dentro do Mercosul do que em outros ARCS assinados alhures.

cação de medidas de salvaguarda pelas partes do bloco em relação a terceiros são, no entanto, reguladas pelo 19º Protocolo Adicional de 17 de dezembro de 1997 que formaliza o Regulamento Relativo à Aplicação de Medidas de Salvaguarda às Importações Provenientes de Países Não Membros do Mercado Comum do Sul (Decisão CMC Nº 17/96).

No caso de medidas sanitárias e fitossanitárias e medidas técnicas, apenas alguns poucos acordos do Brasil possuem disposições a respeito. Cinco acordos contam com previsões sobre medidas sanitárias e fitossanitárias²⁸ e barreiras técnicas ao comércio, sendo todos eles acordos de alcance parcial de complementação econômica (ACES n. 18, 35, 36, 58 e 59). E, para o caso de barreiras técnicas, há um marco geral da ALADI que é o Acordo quadro sobre eliminação de barreiras técnicas ao comércio (AR.OTC n. 8), de 8 de dezembro de 1997. Todos estes acordos fazem remissão direta aos acordos específicos da OMC, o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) (OMC-*in*), sendo que alguns deles possuem disposições mais específicas ou próprias²⁹, em especial de cooperação entre as partes.

Cinco dos acordos do Brasil com o seu entorno apresentam a intenção de liberalização e regulação do comércio de serviços, são eles: o acordo Mercosul (ACE n. 18), o acordo Mercosul-Chile (ACE n. 35), o acordo Mercosul-Bolívia (ACE n. 36), o acordo Mercosul-Peru (ACE n. 58) e o acordo Mercosul-Colômbia, Equador e Venezuela* (ACE n. 59). Contudo, três deles apenas apresentam esta intenção, sem que negociações posteriores tenham sido alcançadas: ACES n. 36, 58 e 59. Nos demais acordos, o comércio de serviços, encontra-se regulado em protocolos específicos: o Protocolo de Montevideu, no ACE n. 18 (Mercosul) e o Protocolo LIII, no ACE n. 35 (Mercosul-Chile), em ambos as medidas podem ser qualificadas como OMC-*plus*.

28 O acordo Brasil-Suriname (AAP.A25TM n. 41) trata especificamente do comércio de arroz, estabelecendo que as qualidades do produto especificadas no acordo estarão submetidas ao regime fitossanitário de defesa e controle estabelecido pelas autoridades nacionais competentes, e este regime deve ser compatível com os sistemas internacionais de padronização. Não há contudo qualquer referência às regras SPS da OMC. Considerando esta particularidade para o setor não o incluímos no rol geral de acordos com marcos regulatórios mais amplos no ARC analisado.

29 Um tema bastante sensível aos membros da ALADI e que levou à assinatura de alguns compromissos específicos sobre medidas sanitárias foi o da febre aftosa. A este respeito, encontram-se o 24.º Protocolo Adicional (Anexo I) ao ACE n. 36 (Brasil-Bolívia) que estabelece um Programa de Ação Mercosul Livre de Febre Aftosa (PAMA) e o 46.º Protocolo Adicional ao ACE n. 35 (Mercosul-Chile) que aprova o Programa de Ação Mercosul Livre de Febre Aftosa.

Em matéria de propriedade intelectual, os acordos Mercosul-Chile (ACE n. 35), Mercosul-Peru (ACE n. 58) e Mercosul- Colômbia, Equador e Venezuela* (ACE n. 59) regulamentam a temática no corpo do próprio acordo e, genericamente, vinculam os seus compromissos àqueles assumidos no âmbito do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio da OMC (TRIPS, na sigla em inglês) (OMC-*in*), e, no caso dos ACES n. 58 e 59 também à Convenção de Biodiversidade de 1992 (CDB) (OMC-*plus*). No âmbito no Mercosul (ACE n. 18), há decisões do Conselho de Mercado Comum de implementação de disposições no tema e no âmbito da ALADI, o Acordo de Alcance Regional nº7 (AR.CEYC n. 7).

Em investimento, os acordos Mercosul-Bolívia (ACE n. 36), Mercosul-Chile (ACE n. 35), Mercosul-Colômbia/Equador/Venezuela* (ACE n. 59) e Mercosul-Peru (ACE n. 58) apresentam regulamentação no tema. Ainda no âmbito do Mercosul, há regulamentação mais detalhada no Protocolo de Colônia sobre Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul (Decisão CMC n. 11/93) e do Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção dos Investimentos Provenientes de Estados não-parte do Mercosul (Decisão CMC n. 11/93). Contudo, nenhuma destas normativas foi ratificada por todos os estados partes do Mercosul, de forma que ainda não estão em vigor.

Finalmente, em novos temas, pouca regulamentação é de fato encontrada nos acordos constitutivos e também naqueles assinados entre Brasil ou Mercosul e outros parceiros, o que evidencia uma resistência na assunção de obrigações de caráter OMC-*extra*, mesmo nos acordos intra-região. Em grande parte a regulamentação se restringe a acordos mais específicos dentro de cada área, que são regulados eminentemente no Mercosul, com exceção da temática de meio ambiente também regulada pela ALADI. O Mercosul possui regulamentação nas áreas de concorrência, compras governamentais, meio ambiente e cláusula social, sendo que apenas estas duas últimas estão em vigor.

O que se observa, portanto, é que em grande medida os ARCS do Brasil com o seu entorno privilegiam os temas de acesso a mercados no seu processo de intensificação da liberalização comercial, para a regulamentação OMC-*plus*³⁰. Do ponto de vista regulatório, há uma vinculação determinante com o regi-

30 O foco neste eixo tem, no entanto, trazido resultados muito positivos no processo de integração comercial das economias do bloco. Neste sentido, v. Gräf e Azevedo (2013) que ao aplicarem a

me dos acordos multilaterais de comércio da OMC (*OMC-in*), e o mesmo do ponto de vista institucional, sobretudo no tocante a mecanismo de solução de controvérsias em que alguns dos acordos se baseiam nos procedimentos da OMC, com alternativos aos procedimentos regionais. Por isso, no aspecto regulatório e institucional é possível notar um processo de determinação pelas regras multilaterais das regras regionais (no sentido OMC-ALADI e OMC-Mercosul), o que eventualmente é inclusive reforçado pela possível substituição institucional nos casos de implementação dos compromissos por meio do mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

3.2 O PERFIL REGULATÓRIO DOS ACORDOS REGIONAIS DE COMÉRCIO EXTRA-REGIÃO

Ao contrastar os ARCS do Brasil com o seu entorno com os acordos de comércio que o Brasil tem assinado com países de fora da região – sempre em bloco com as demais partes signatárias do Mercosul, observa-se uma convergência das estratégias de liberalização comercial: todas com enfoque em redução tarifária e acesso a mercados de bens.

Os acordos Mercosul-Índia e Mercosul SACU são acordos de preferências tarifárias³¹, que se aproximam muito do perfil de compromissos assumidos pelo Mercosul nos ARCS com sua região. Esses dois acordos regulam o comércio de bens agrícolas e não-agrícolas nos mesmos termos, definem regras de origem próprias para a garantia das preferências comerciais (*OMC-plus*), fazem referência às regras antidumping, de subsídios e medidas compensatórias, de SPS e de TBT dos acordos da OMC (*OMC-in*), e estabelecem regras próprias para as salvaguardas bilaterais (*OMC-in*). Estes acordos não regulam os temas propriedade intelectual, investimentos e nenhum dos novos temas. E, apenas o acordo Mercosul-Índia traz a indicação programática de que

modelagem “gravitacional” evidenciam que o Mercosul tem sido um dos espaços de integração comercial com melhores resultados na relação PIB/comércio intrazona.

31 De acordo com informações prestadas pelo MDIC, este acordo com a Índia possui cobertura de 450 linhas tarifárias ofertadas pela Índia e 452 itens pelo Mercosul. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013). A lista de ofertas do MERCOSUL com SACU, por sua vez, conta com 1.076 códigos NCM/SH 2007 para o Mercosul, e a oferta da SACU com 1.026 códigos, em sua nomenclatura, também em SH 2007. Os setores contemplados pelo acordo foram: agrícola, pesqueiro, têxtil e vestuário, aparelhos de ótica, autopeças, plásticos e suas obras, químicos, siderúrgicos, eletro-eletrônicos, móveis, BIT, BK, e ferramentas, entre outros. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

as partes negociarão serviços, a partir da estrutura do GATTs (artigo 8º) (OMC-*in*).

Os acordos Mercosul-Israel, Mercosul-Egito e Mercosul-Palestina são classificados como acordos de livre comércio. Mas, esses acordos vão muito pouco além dos acordos de preferências tarifárias, em termos regulatórios; o que muda é, sobretudo, a lógica de desgravação tarifária³². Nos mesmos termos dos demais, tais acordos definem regras de origem próprias para a garantia das preferências comerciais (OMC-*plus*), fazem referência às regras antidumping, de subsídios e medidas compensatórias, de SPS e de TBT dos acordos da OMC (OMC-*in*), e estabelecem regras próprias para as salvaguardas bilaterais (OMC-*plus*). No que tange ao comércio de serviços e também a investimentos, os acordos do Mercosul com Israel, Egito e Palestina também definem regras programáticas – ou cláusulas denominadas de “evolutivas” – e de melhores esforços entre as partes, sem aprofundar na sua regulamentação. Nenhum dos acordos regula propriedade intelectual e o único que toca em novos temas é o acordo Mercosul-Israel no que tange à política de concorrência (OMC-*extra*). Um ponto sim relevante na distinção destes acordos é a distinção entre comércio agrícola e não-agrícola, nos casos dos acordos de Mercosul-Israel e Mercosul-Palestina, nos mesmos termos dos acordos da OMC (OMC-*in*).

O que se pode considerar, portanto, é que o perfil de ARCS celebrados pelo Brasil intra-região e extra-região possuem padrões regulatórios muito próximos. E, em ambos os casos, os acordos procuram se coordenar na parte regulatória com os dispositivos do sistema multilateral de comércio.

4. O CONTRAPONTO COM O PERFIL REGULATÓRIO DOS ARCS DOS DEMAIS BRICS

Diferentemente do Brasil, os demais BRICS não desfrutam de condições conjunturais politicamente estáveis no seu entorno. Destacam-se o histórico de grandes guerras e disputas políticas por território (como são os casos de

32 De acordo com MDIC, a liberalização israelense inclui oito mil códigos tarifários que obedecerão a um cronograma de redução tarifária em um período de oito anos. Do outro lado, a liberalização do Mercosul abrange 9.424 itens, que, em sua quase totalidade, em 10 anos terão sua importação proveniente de Israel isenta de tarifas. Não há informações a respeito sobre os acordos Mercosul-Egito e Mercosul-Palestina. V. www.desenvolvimento.gov.br (junho de 2013).

China, Índia e Rússia) e questões ideológicas (como foi o caso da África do Sul na era do *apartheid*). Ademais, alguns dos países do entorno de África do Sul, China, Índia e Rússia são classificados como países de menor desenvolvimento relativo³³, o que acentua a assimetria econômica daqueles países com os seus respectivos entornos. Considerados estes pontos, é compreensível o fato de o Brasil ter iniciado seus processos de integração com os países do seu entorno antes de todos os demais países dos BRICS.

Assim como o Brasil, os demais BRICS também priorizaram a estratégia regional nos seus primeiros passos em ARCS e posteriormente assumiram compromissos extra-região. Esse segundo passo tem se dado de formas e velocidades diferentes entre os BRICS.

A África do Sul possui dois grandes acordos com os países do seu entorno – SADC e SACU – e apenas mais três acordos extra-região, um da África do Sul com a União Europeia (1999)³⁴, e outros dois via bloco SACU, com EFTA (Noruega, Suécia e Liechtenstein) (2006) e Mercosul (2008) – sendo que este último ainda não foi ratificado. A China, por sua vez, registra um acordos notificados na OMC com dez parceiros, sendo que cinco deles são com países e territórios aduaneiros do seu entorno (o APTA, os acordos China-ASEAN, Hong Kong -CEPA, Taipei Chinês -ECFA e Cingapura) e outros cinco com países extra-entorno (Chile, Paquistão, Nova Zelândia, Cingapura, Peru e Costa Rica). Todos estes acordos foram celebrados após 2001, ano em que a China concluiu o seu processo de acesso à OMC. A Índia possui quatorze ARCS em vigor, sendo oito deles com o seu retorno e seis outros, com maior expansão nos últimos anos com o extra-entorno (com Tailândia, Mercosul, Cingapura, Chile, Coreia, Japão e Malásia). A Rússia, por fim, entre os BRICS,

33 Sobre a classificação de países de menor desenvolvimento relativo (PMDRS) e seus critérios, v. <http://www.unohrrls.org/en/ldc/25/>. Acesso em fevereiro de 2013. Apesar de nenhuma das economias do entorno do Brasil ser classificada neste rol, nos acordos intra-região as economias menos desenvolvidas, tais como Bolívia e Paraguai, frequentemente recebem tratamento especial e diferenciado. Sendo este, inclusive um princípio da ALADI, registrado em seu acordo constitutivo (TM80) e que tem sido reconhecido no âmbito do Mercosul (como, por exemplo, com a criação do Fundo para a Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul - FOCEM). Para mais informações, v. www.aladi.org e www.mercosur.int (acesso em junho de 2013).

34 Lembra-se aqui que o acordo da África do Sul com a UE foi assinado em 1999 quando o Acordo SACU, de 2002, ainda não tinha sido assinado. O artigo 31 do acordo SACU reforçou a possibilidade de as partes manterem os acordos preferenciais previamente assinados. Mas o acordo SACU também definiu que, a partir de 2002, novos acordos de comércio devem ser assinados pelo bloco conjuntamente.

é aquele com perfil mais conservador, contando com quinze ARCS assinados com o seu entorno e apenas um com o extra-entorno (Sérvia).

Os acordos da África do Sul e da China se concentram em regular as preferências tarifárias, seus regimes de regras de origem e de salvaguardas, reconhecendo a regulamentação multilateral dos acordos da OMC para medidas antidumping, medidas compensatórias, SPS e TBT como os padrões a serem adotados nas relações preferenciais. Este perfil regulatório nestas temáticas. A Índia, por sua vez, tem procurado estabelecer regras específicas em medidas antidumping e medidas compensatórias, o que também acontece com a Rússia (no caso do acordo EAEC).

Na parte de desgravação tarifária, o tratamento de bens agrícolas e não-agrícolas varia muito nos ARCS assinados pelos BRICS. No caso do Brasil com o seu entorno há a prevalência quase que total de tratamento não diferenciado entre estes setores, isso também ocorre nos ARCS celebrados pela China e pela Rússia. Os casos que divergem são os dos ARCS da Índia e da África do Sul e alguns da China com os respectivos entornos, em razão de segurança alimentar.

Serviços e propriedade intelectual são temas não muito regulados nos ARCS do Brasil, assim como nos ARCS dos demais BRICS com o seu entorno. No grupo do BRICS, a China pode ser apontada como a mais agressiva neste processo de liberalização nos ARCS com o seu entorno. Propriedade intelectual aparece apenas nos acordos ASEAN, SADC e Mercosul e reproduzem basicamente o conteúdo do TRIPS (OMC-*in*).

Investimentos e novos temas, por outro lado, têm tido tratamento muito diferente nos ARCS dos BRICS com os seus entornos. A Rússia tem sido o país que mais assume compromissos em investimentos, concorrência, compras governamentais e cláusulas social (OMC-*extra*). Estes temas só aparecem para o Brasil nos compromissos do Mercosul e, ainda assim, são protocolos e decisões que ainda não estão em vigor. A Índia e a China contém previsão em investimentos e concorrência (OMC-*extra*) apenas com a ASEAN e a África do Sul nos compromissos da SADC e da SACU.

Nos anos 2000, observa-se uma nova onda de ARCS registrados junto à OMC, focados em acordos extra-regionais e com alta densidade regulatória (OMC 2011). Dentre os BRICS, África do Sul integrou o início deste processo com a celebração do acordo com a UE, a China e a Índia também se vincularam a este processo, ainda que em velocidades diferentes (Sanchez Badin, 2011).

O Brasil redirecionou a sua estratégia de acordos extra-região para acordos de preferências tarifárias e acordos de livre comércio com países do sul e com menor densidade regulatória, assinando estes acordos sempre com o Mercosul. Por outro lado, a China e a Índia, especificamente, têm assumido um perfil mais agressivo nos últimos anos, envolvendo-se em acordos com maior densidade regulatória de perfil de ARC-século XXI e com parceiros mais desenvolvidos como são o caso de Nova Zelândia e Japão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode observar a partir do mapeamento sobre o perfil regulatório de importantes movimentos de ARCS é que o Brasil e o Mercosul não estão alinhados com a proposta de acordos de maior densidade regulatória, com vistas a incrementar o conjunto de regras OMC-*plus* e envolverem-se em tratativa OMC-*extra*, nas suas relações comerciais. Isso justifica não apenas o distanciamento do processo da ALCA e o retardamento do processo de negociação Mercosul-UE, a partir de 2003, mas também a assinatura de acordos com enfoque mais tarifário mesmo nos novos acordos assinados na estratégia de aproximação sul-sul.

O contraste com os demais países dos BRICS, relevadas as particularidades político-econômicas de cada país nas relações com o entorno, evidencia que: *i*) o perfil regulatório dos demais BRICS na relação com o entorno tem sido, ainda que em pequena proporção, mais ambicioso do que aquele padrão adotado pelo Brasil, até mesmo no âmbito do Mercosul; *ii*) na assinatura de acordos extra-regionais, o Brasil tem procurado uma estratégia própria quanto ao perfil de parceiros nos ARCS, voltada para países em desenvolvimento de outras regiões; *iii*) o Brasil, juntamente com a Rússia, é o único país que não tem assinado ARCS-século XXI, tendência essa que tem sido seguida com mais ênfase por China e Índia nos últimos anos – ainda que, nesses casos, os ARCS tenham sido assinados com países em desenvolvimento ou países desenvolvidos não-centrais.

BIBLIOGRAFIA

- BALDWIN, R. 21st Century Regionalism: Filling the gap between 21st century trade and 20th century trade rules. Genebra, wto Staff Working Paper ERSO-2011-08, 2011.
- BAUMANN, R.; CERATTI, R. A política comercial dos BRICS com seu entorno e efeitos para o Brasil. Texto para Discussão IPEA n. 1745. Rio de Janeiro, 2012.
- CARVALHO, M.E. Medidas de Defesa Comercial e Regras de Origem: panorama de regulação em acordos regionais de comércio celebrados por Comunidade Europeia, Estados Unidos, China e Índia. Texto para Discussão IPEA n. 1811. Rio de Janeiro, 2012.
- ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R. Regional rules in the global trading system. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- HEYDON, K.; WOOLCOCK, S. The rise of bilateralism: Comparing American, European and Asian approaches to preferential trade agreements. Tokyo, UNU, 2009.
- HORN, H.; MAVROIDIS, P.; SAPIR, A. Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements. Bruegel Blueprint Series, v. VII, 2009.
- KEGEL, P.L.; AMAL, M. “Perspectivas das negociações entre o Mercosul e a União Europeia em um contexto de paralisia do sistema multilateral e da nova geografia econômica global”, *Revista de Economia Política*, v. 33, n.2, 2013.
- MANSFIELD, E. D.; MILNER, H. V. Votes, vetoes, and preferential trading agreements. 18 Out. 2010. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr11_forum_e/wtr11_23nov10_e.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- RORIZ, J.H.R. 2012. Propriedade intelectual, serviços e investimentos: panorama de regulação em acordos regionais de comércio celebrados pela União Europeia, Estados Unidos, China e Índia. Texto para Discussão IPEA, 2012 (no prelo).
- SANCHEZ BADIN, M.R. Compromissos assumidos por grandes e médias economias em acordos preferenciais de comércio: o contraponto entre União Europeia e Estados Unidos e China e Índia. Texto para Discussão IPEA n. 1700, 2012.
- WTO. World trade report 2011 – the WTO and preferential trade agreements: from co-existence to coherence. Geneva: WTO, 2011. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em: 22 jul. 2013.

SOFÍA BOZA M.*

*Evaluación del impacto de los requisitos sanitarios,
fitosanitarios y técnicos en el comercio agroalimentario:
evidencias en la literatura actual*

RESUMEN

En las últimas décadas, el comercio internacional se ha caracterizado por una significativa apertura en el ámbito global, promovida principalmente por una reducción de los aranceles. Sin embargo, de manera simultánea se ha dado un incremento de las medidas no arancelarias (MNA) notificadas a la Organización Mundial de Comercio. Dentro de esta categoría están los obstáculos técnicos al comercio (OTC) y las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF). La mayor importancia de estos requerimientos pone en relieve la necesidad de atender a los efectos que las MSF/OTC tienen en los flujos de exportaciones e importaciones. En este contexto, el sector agropecuario se vería primordialmente sujeto a este tipo de obligaciones, sobre todo en lo referido a medidas sanitarias. Por ello, para muchos países de América Latina, los cuales son exportadores netos de productos agroalimentarios, se trata de un tema de especial relevancia. En el presente trabajo, con el objetivo de abordar lo señalado, se llevó a cabo una revisión de las investigaciones más recientes relativas al impacto de las MSF/OTC sobre el comercio agroalimentario. Como resultado general se destacó la existencia de un efecto dual en la relación entre MSF/OTC y el comercio internacional agroalimentario, la cual depende sobre todo del balance entre los costos de implementación y los beneficios de un mejor posicionamiento en el mercado.

PALABRAS CLAVE

Medidas sanitarias y fitosanitarias; requisitos técnicos; sector agroalimentario; comercio internacional.

INTRODUCCIÓN

Una medida no arancelaria es cualquier medida, distinta de un arancel, que pudiera afectar al comercio (Banco Mundial, 2008; UNCTAD, 2010). Estas medidas han incrementado de manera progresiva el número de productos cubiertos y los países que las aplican; evolución notoria en el caso del comercio agrícola (Hoekman y Nicita, 2008; Santana y Jackson, 2012). Según la Organización Mundial de Comercio (2012), las medidas no arancelarias

* Departamento de Economía Agraria, Universidad de Chile, sofiaboza@u.uchile.cl

incidirían principalmente sobre el precio, la cantidad o la calidad de los bienes transados. Dentro de la última categoría destacan las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) y los obstáculos técnicos al comercio (OTC), mediante los cuales se pretende abordar fallos de mercado como asimetrías de información, externalidades negativas y falta de provisión de bienes públicos (Hobbs, 2010; Van Tongeren, Beghin y Marette, 2009).

Con respecto a las asimetrías de información, éstas cobran especial relevancia en los mercados alimentarios actuales, dada la cada vez mayor preocupación de los consumidores por el origen y composición de los productos consumidos, así como por sus posibles consecuencias en la salud. No obstante, muchas de las cualidades de los productos que serían requeridas en este sentido corresponden a lo que Darby y Karni (1973) definieron como “atributos de creencia” (o confianza)¹. Es decir, características de los productos que son en la práctica no observables para el consumidor, pero que en muchos casos influyen en su intención de compra.

No obstante, a pesar de que los requerimientos sanitarios, fitosanitarios y técnicos tienen el potencial de ayudar a mitigar fallos de mercado, su cumplimiento también podría *a priori* suponer un importante costo para los productores. Esto en todo caso tendría un impacto en los términos de intercambio, lo que disminuiría el comercio. Sin embargo, a mediano o largo plazo puede ser visto también como una oportunidad de mejorar los procesos productivos e incluso, en algunos casos, de acceder a nuevos nichos de mercado².

Bajo esta consideración es que en los últimos años se han desarrollado numerosas investigaciones centradas en cuantificar los efectos de las medidas no arancelarias, y en especial las MSF y OTC, sobre los flujos comerciales agroalimentarios y el bienestar. Este tipo de análisis están siendo de gran interés no sólo para los investigadores especializados en temas comerciales, sino también para los gestores de políticas públicas (UNCTAD, 2012).

1 Anteriormente, Nelson (1970) había definido ya los atributos de búsqueda y experiencia.

2 En este sentido, FAO, CEPAL e IICA (2012) afirmaban que la diversificación de productos de acuerdo con los nuevos requerimientos del mercado es una de las oportunidades más importantes, al menos en el caso de América Latina, para el sector agrícola. Del mismo modo, Josling (2009) identificó el cumplimiento de los estándares como un costo relevante, pero también como una oportunidad de acceder a precios *premium*.

En este contexto, en el presente trabajo se realizó una revisión de las investigaciones más recientes relativas al impacto de las MSF/OTC sobre el comercio agroalimentario.

ENFOQUES METODOLÓGICOS RELATIVOS AL IMPACTO DE LAS MSF/OTC

La revisión de los efectos que las medidas no arancelarias tienen en el comercio internacional se ha hecho en especial a partir de modelos econométricos basados en el uso de ecuaciones gravitacionales. La aplicación de las ecuaciones gravitacionales en el análisis de los cambios en la política comercial viene desarrollándose desde mediados del pasado siglo (ej. Tinbergen, 1962). No obstante, ha experimentado importantes cambios en su fundamentación teórica, como la inclusión de la función de elasticidad de sustitución constante para explicar el comportamiento del consumidor (Anderson, 1979); la consideración de una estructura comercial con base en el modelo Hecksner-Ohlin (Bergstrand, 1989; Deardorff, 1998); la inclusión de efectos fijos derivados de la resistencia comercial multilateral (Anderson y Van Wincoop, 2003) o la consideración de una variable que controle el número de firmas exportadoras (Helpman, Melitz y Rubinstein, 2008).

Asimismo, con el tiempo se ha puesto en relieve que la utilización de ecuaciones de equilibrio gravitacional basadas en modelos log-lineales estimados por MCO tiene algunos problemas asociados, lo que ha llevado al desarrollo de otros enfoques (Demaría, Rau y Schlueter, 2011). En este sentido, uno de los primeros problemas referidos sería el sesgo de selección, para cuya resolución ha sido con frecuencia utilizada la corrección propuesta por Heckman (1979) mediante la estimación de una ecuación de selección muestral (Probit) y posteriormente una ecuación de resultados estimada por MCO. De esta manera se podrían estimar los efectos de una política en la decisión de comerciar y en el volumen de transacciones. No obstante, el propio Heckman señala que en su modelo la estimación por MCO tendría problemas de eficiencia, por lo que sugiere el uso de una estimación conjunta para mayor verosimilitud. Esta misma tesis es sostenida por Amemiya (1981) y Maddala (1983). Sin embargo, en todo caso el modelo de Heckman estaría limitado a la suposición de normalidad y homoscedasticidad en los errores. En este sentido, Santos Silva y Tenreyro (2006) resaltaron que el tradicional modelo log-lineal (aplicado a las ecuaciones gravitacionales) estimado me-

dian­te MCO no consideraba los efectos de la inequidad de Jensen ($E(\ln y) \neq \ln E(y)$, cuando y es una variable aleatoria cualquiera), lo cual sería erróneo cuando se está en presencia de heteroscedasticidad. Por ello, los autores proponían que se calculara un modelo de Poisson mediante estimadores de seudomáxima verosimilitud. Burger, Oorts y Linders (2009) extienden el modelo de Santos Silva y Tenreyro (2006) cuando se presentan problemas de sobredispersión (ya que el modelo de Poisson asume la equidispersión) e importante presencia de ceros.

Para ello, los autores proponen la utilización de modelos de regresión binominal negativa, en los cuales la varian­za se especifica como función no sólo de la media condicionada sino también de un determinado parámetro de dispersión. No obstante, los propios autores sugieren que estos modelos no se ajustan del todo a las situaciones en las cuales el número de ceros observado es superior a lo pronosticado. En estos casos se propone la utilización de modelos inflados de ceros que consideren la existencia de dos grupos: países con posibilidad de comerciar (lo hagan o no) y países sin posibilidad de comerciar (por ejemplo, debido a un embargo). La estimación de este modelo se haría, en una primera etapa, a través de una regresión Logit (o Probit), al considerar la probabilidad de que no haya comercio en absoluto, y en una segunda etapa mediante un modelo gravitacional definido por una regresión de Poisson o binominal negativa sobre los países con posibilidad de comerciar.

En los modelos gravitacionales, las medidas no arancelarias se han introducido a partir de variables *dummy* (presencia/no presencia), así como de otros indicadores: ratio de cobertura, ratio de frecuencia y, en algunos casos, equivalencia *ad-valorem* (Carrere y De Melo, 2009). De hecho, en muchos casos el cálculo de los indicadores mencionados ha sido el punto esencial en la cuantificación de la importancia relativa de las MSF/OTC (Didier, Fontagné y Mimouni, 2008).

Sin embargo, a pesar de su importancia, los modelos gravitacionales no han sido la única metodología utilizada para analizar el impacto de las MSF/OTC. Este análisis se ha llevado a cabo también mediante: enfoque de inventario, comparación de precios, evaluación de impacto en las cantidades, modelos de equilibrio general computable y análisis costo-beneficio (UNCTAD, 2012) (Disdier y Van Tongeren, 2010; Kee, Nicita y Olerreaga, 2009; Van Tongeren *et. al.*, 2009). Asimismo, un buen número de investigaciones se han basado en la ejecución de estudios de caso y/o en la recolección de datos

primarios mediante entrevistas a informantes clave (Disdier y Van Tongeren, 2010; Kee, Nicita y Olerreaga, 2009; Van Tongeren *et. al.*, 2009).

INVESTIGACIÓN RECIENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LAS MSF/OTC EN EL COMERCIO

Como ya se ha mencionado, son numerosos los trabajos que en los últimos años han aplicado los modelos gravitacionales para definir la variación en los flujos comerciales internacionales, así como en la intención de comerciar, que supone la imposición de medidas no arancelarias relativas a características sanitarias, fitosanitarias y técnicas de los productos agroalimentarios. En este contexto, algunos autores han analizado los efectos de medidas específicas (ej. OGMS, LMRS, HACCP...), así como los efectos de las MSF/OTC en productos concretos. Por otra parte, algunos autores han investigado el impacto de un grupo de requisitos (o el total de las MSF/OTC) en un grupo de productos. En esta sección, se presenta una selección de estudios en cada una de las categorías mencionadas, así como un conjunto de investigaciones sobre el impacto de la homogeneidad/heterogeneidad de las regulaciones entre países en su relación con el comercio agroalimentario.

EFFECTOS DE LAS MSF/OTC SOBRE UN PRODUCTO Y/O FINALIDAD ESPECÍFICOS

Uno de los problemas más comunes que se abordan en las investigaciones ha sido los efectos de las normas sobre límites máximos de residuos (LMR) en el comercio de productos agroalimentarios. En este sentido, Xiong y Beghin (2012) evaluaron el impacto en los exportadores africanos de maní producido por la armonización de los LMR de aflatoxinas de la Unión Europea (UE). Este estándar común, anunciado en 1998, entró en vigor en 2002. En contravía a las predicciones estimadas por Otsuki, Wilson y Sewadeh (2001) en una investigación anterior sobre el mismo tema, según Xiong y Beghin no se produjeron efectos significativos sobre el comercio debido a esta armonización en la UE, a pesar de que el nuevo estándar era en muchos casos más exigente que las normas de los países miembros.

Del mismo modo, Wei, Huang y Yang (2012a) evaluaron el impacto de los LMR de los plaguicidas en las exportaciones de té de China, producto en el cual el país es líder mundial. Como resultado se concluyó que la disminución

de los niveles máximos permitidos en dos de los tres residuos considerados (endosulfan y fenvalerato) tuvo un impacto negativo en las exportaciones de té de China. También se verificó que la ampliación de la cantidad de plaguicidas regulados por los principales importadores se relacionó con una reducción de las exportaciones de té. Vale la pena mencionar que, de forma paralela al documento antes señalado, en Wei, Huang y Yang (2012b), los autores abordan los efectos de los LMR de *chloromycetin* (cada vez más estrictos) en las exportaciones de miel de China. Los resultados obtenidos demostraron que, como en el caso del té, un LMR más estricto estaba relacionado de manera significativa con una disminución de las exportaciones de miel china.

Del mismo modo, Disdier y Marette (2010), después de evaluar el impacto en el comercio de las normas sobre LMR de cloranfenicol en crustáceos impuestas desde 2001 hasta 2006 por los principales importadores (Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y Japón), demostraron que los volúmenes transados se vieron afectados de forma negativa. Sin embargo, la decisión de comerciar entre países en apariencia no cambió debido al refuerzo de las normas. Al mismo tiempo, el bienestar aumentó en los casos de Estados Unidos, la Unión Europea y Canadá, gracias a los estándares. Los autores sugirieron que la razón pudo haber sido la reducción de los costos de transacción en el caso de los consumidores nacionales y el aumento de los precios de mercado en el caso de los productores nacionales.

Otro tema relevante ha sido el impacto de las exigencias sanitarias en el comercio de carne. En este sentido, Schlueter, Wieck y Heckeley (2009) abordaron la hipótesis de que los efectos de los requisitos sanitarios y fitosanitarios en los mercados de carne dependen de los instrumentos aplicados en cada caso. De hecho, el análisis desagregado del impacto de las MSF realizado por los autores llevó a resultados contradictorios, ya que algunos instrumentos parecían tener un impacto negativo en los flujos de comercio de la carne, mientras que otros los promoverían. Por ejemplo, la regulación sobre límites máximos de residuos de plaguicidas y algunas toxinas, la aplicación de hormonas y otros procesos de producción, almacenamiento de la carne y la irradiación después de la matanza, tuvieron un impacto significativo y negativo en el comercio. Sin embargo, la aplicación de los requisitos sanitarios y fitosanitarios en las pruebas de salmonella, los LMR para las dioxinas y los medicamentos, los procedimientos de inspección/aprobación para la evaluación de la conformidad, el análisis de peligros y puntos de control

críticos (HACCP) y el transporte después de la matanza tuvieron un impacto significativo y positivo en el comercio. Por último, en cuanto a los objetivos detrás de las regulaciones, las relacionadas con la sanidad animal tenían un impacto significativo y positivo en el comercio, mientras que las regulaciones en seguridad alimentaria, protección fitosanitaria y protección humana parecían no ser significativas.

En una investigación posterior, Wieck, Schlueter y Britz (2012) evaluaron el impacto en el comercio y el bienestar de las políticas de cuarentena por la gripe aviar en los principales países exportadores e importadores de carne de aves de corral. Los datos se analizaron asumiendo diferentes escenarios de política en función de los productos prohibidos (carne cocinada/cruda) y las limitaciones del país (de acuerdo con los niveles de la gripe aviar). Los autores concluyeron para la carne de ave cruda, que las prohibiciones implicaban una reducción en el comercio de 100%. Por otro lado, el efecto en la carne cocida era el contrario, dado que la prohibición condujo a un aumento en el volumen comercializado. Para el bienestar, la prohibición de las importaciones tuvo un efecto de reducción en cada escenario. En relación con estos resultados, Wieck, Schlueter y Britz destacaron que las prohibiciones de importación por gripe aviar supusieron una importante desviación del comercio según el nivel de infección en cada país. Por ejemplo, los países limitados dirigieron su producción al mercado local o a otros países con prohibición. Sin embargo, según los autores, al menos en este caso particular, el principio de regionalización habría evitado las pérdidas comerciales y de bienestar causadas por las prohibiciones de importación.

También en el contexto del comercio de la carne, Beghin y Melatos (2012) abordaron el estudio del régimen de cuarentena de Australia sobre las importaciones de carne de cerdo. En 2003, este régimen provocó una controversia en la OMC entre Australia y las comunidades europeas (CE) (con Canadá, Chile, China, India, Filipinas, Tailandia y Estados Unidos en calidad de países terceros), que terminó en 2007, cuando Australia y la Unión Europea acordaron mayor transparencia del régimen de cuarentena de Australia, principios de acceso al mercado desde la CE y apoyo permanente en dictámenes científicos para la supervisión del comercio de pollo y carne de cerdo. Para analizar esta situación, los datos comerciales se clasificaron dentro de cuatro subperíodos: prohibición de las importaciones de Canadá a finales de la década de 1980, permiso a las importaciones danesas en 1997, autorización a las importaciones de Estados Unidos en 2004 y resolución de la

diferencia ante la OMC en 2007. Después de aplicar un análisis econométrico, los autores llegaron a la conclusión de que los efectos sobre el bienestar y el comercio del régimen de cuarentena de Australia fueron muy significativos. De hecho, se estima un aumento del bienestar de los consumidores después de la retirada del régimen de aproximadamente AU\$409.000.000 y una expansión de los ingresos totales de AU\$479.000.000 para los principales exportadores. En este sentido, también se evidenció que las reformas específicas para un país determinado tuvieron efectos simultáneos en todos los exportadores.

Además de los temas descritos, los efectos de algunos otros requisitos específicos han sido analizados en la literatura reciente. Por ejemplo, Wilson y Bray (2010) abordaron el impacto de los requisitos del análisis de peligros y puntos críticos de control (HACCP). En concreto, esta investigación evaluó los efectos de la decisión del Gobierno de Estados Unidos en 1997 de hacer cumplir la aplicación obligatoria del sistema de HACCP en el sector pesquero. Esta decisión es considerada por los autores como un hito en un cambio de régimen progresivo. En este sentido, para las estimaciones econométricas se distinguen tres períodos diferentes: prerrégimen (antes de 1994), transición (1994-1997) y plena aplicación (después de 1998). Los resultados obtenidos muestran que, de hecho, ocurrió un cambio estructural debido a la aplicación obligatoria del HACCP. Esta ruptura se basó en un progresivo efecto negativo en el comercio. Sin embargo, el impacto varió en función del perfil de cada país. Por un lado, hubo un impacto más negativo en los países pequeños y en desarrollo. Sin embargo, al mismo tiempo, la aplicación del HACCP también parecía reducir los efectos negativos causados por la distancia. En este sentido, los autores sugirieron que el HACCP aumentó la confianza del consumidor.

Otro tema interesante han sido los efectos en el comercio de las regulaciones sobre organismos genéticamente modificados (OGM). Por ejemplo, Disdier y Fontagné (2010) evaluaron el impacto que la legislación de la Unión Europea en relación con los OGM, impuesta a partir de principios de la década de 1990, tuvo en las importaciones agrícolas de Estados Unidos, Canadá y Argentina. La elección de estos países en particular se justifica por el hecho de que en 2003 los gobiernos respectivos se quejaron de manera oficial ante la OMC de que la legislación sobre OGM de la UE tenía efectos proteccionistas más allá de lo que pudiera estar justificado en el plano científico. Los resultados obtenidos demostraron que todos los países considerados, de hecho, habían incurrido en un importante costo de oportunidad

relacionado con el efecto de la legislación sobre OGM de la Unión Europea sobre sus exportaciones. La cuantía de estos “ingresos no recibidos” difirió entre los países que plantearon la queja, con Estados Unidos, por mucho, como el país más afectado.

EFFECTOS DE LAS MSF/OTC EN UN GRUPO DE FINALIDADES Y PRODUCTOS

En cuanto al análisis del impacto de las medidas no arancelarias desde una perspectiva global, una de las investigaciones más completas fue realizada por Hoekman y Nicita (2008), quienes revisaron el escenario reciente de la política comercial con el fin de evaluar los efectos de diferentes restricciones sobre el desempeño comercial de los países. La aplicación de las medidas no arancelarias se encontraba entre el grupo de políticas en evaluación, así como los aranceles, las preferencias bilaterales y otras fuentes de costos comerciales (como los costos burocráticos, los procedimientos aduaneros, entre otros). Después de este inventario, los autores concluyeron que el comercio agrícola ha sido mucho más limitado que el comercio manufacturero, especialmente en los países en desarrollo. Esto se ha debido no sólo al impacto de los aranceles, sino también a las medidas no arancelarias, en muchos casos más restrictivas. Más adelante, en su artículo los autores estimaron un modelo gravitacional. A partir de este análisis, se confirmó que los aranceles y las medidas no arancelarias afectaban de manera significativa los flujos comerciales. Por su parte, las preferencias comerciales tendrían poco que ver con la mitigación del impacto de las medidas no arancelarias y casi nada con los costos administrativos y logísticos. Los autores destacaban estos como particularmente importantes en la prevención del comercio.

También desde una perspectiva global, Disdier, Fontagné y Mimouni (2008) evaluaron la importancia de las MSF/OTC en el comercio internacional agrícola y definieron algunas de sus características. Para ello, en una primera etapa se desarrolló un análisis descriptivo de las MSF/OTC de acuerdo con su situación en una amplia muestra de importadores, exportadores y productos agrícolas en 2004. A partir de este análisis, los autores evidenciaron la prevalencia de las MSF/OTC, dado que de las 690 líneas arancelarias consideradas sólo cuatro no estaban sujetas a ninguna. En este sentido, los obstáculos técnicos relacionados con las características específicas de los productos eran la medida notificada de manera más recurrente. Por su parte, la protección

de la salud humana parecía ser el objetivo más frecuente de las MSF/OTC. En una segunda etapa de la investigación, se calculó un modelo gravitacional. De acuerdo con las estimaciones realizadas, los autores concluyeron que aunque las MSF/OTC tuvieron un efecto no significativo en las exportaciones agrícolas de los países de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (OCDE), tuvieron un impacto negativo en los países en desarrollo y menos desarrollados.

En tiempos más recientes, Crivelli y Gröschl (2012) abordan los efectos de las MSF sobre el comercio agroalimentario, en la probabilidad de que éste exista y en el volumen transado. Los autores aplicaron un modelo gravitacional en el que usaron como principal variable las preocupaciones comerciales específicas ante el comité de MSF de la OMC entre países exportadores e importadores, e indicaron si la finalidad de la medida que provocó la PCE era relativa a evaluación de conformidad o a características del producto. A partir de este análisis, llegaron a la conclusión de que la probabilidad de comerciar, así como el volumen transado, se veían afectados de modo significativo por la presencia de MSF relacionadas específicamente con la evaluación de la conformidad. Como una explicación de estos resultados, los autores sugirieron que estas MSF en efecto representan un alto costo de producción. Sin embargo, las MSF relacionadas con las características del producto tuvieron un efecto no significativo sobre la probabilidad de existencia de comercio y un efecto significativo y positivo sobre el volumen. Este resultado se justifica en que estos requisitos incrementan la confianza del consumidor y, por tanto, la intención de compra.

Además de los estudios anteriores, algunas investigaciones se han ocupado de los efectos de las MSF/OTC a partir de una perspectiva de país. Por ejemplo, Bao y Qiu (2010) evaluaron el impacto de los OTC (entre otras medidas no arancelarias) aplicados por China a las importaciones nacionales. Mediante el uso de un modelo gravitacional, se estimó que el ratio de frecuencia de los OTC tendría un impacto significativo y negativo en el valor de las importaciones chinas antes y después de 2002 (entrada de China en la OMC). Sin embargo, estos resultados fueron diferentes cuando la regresión se llevó a cabo sobre la ratio de cobertura de los OTC. En ese caso, los requisitos técnicos se muestran como no significativos para todo el período, positivos antes de la adhesión de China a la OMC y negativos después de ella. Además, cuando los productos incluidos en la muestra fueron divididos de acuerdo con su origen, se hizo evidente que los OTC (medidos a partir del

ratio de frecuencia y de la cobertura) tuvieron un impacto significativo y negativo en las importaciones agrícolas, pero positivo en las importaciones de manufacturas. Los autores sugieren que estos resultados se deben a la presencia de asimetrías de información de origen técnico superiores para los productos manufacturados en comparación con los productos derivados de la agricultura.

También para el caso de China, Song y Chen (2010) se propusieron determinar los efectos de las normas sanitarias en el comercio interno de alimentos, así como en las exportaciones, y de manera más específica, los costos que el cumplimiento de estos requisitos implican para los exportadores. Después de un análisis econométrico, se evidenció que los efectos de las MSF en las exportaciones agrícolas chinas eran diferentes según el horizonte temporal. Aunque las MSF tuvieron un impacto significativo y negativo en el comercio agrícola de China en el corto plazo, las mismas preocupaciones implicaron un efecto significativo y positivo en el largo plazo. Asimismo, el efecto global de los crecientes requisitos de seguridad alimentaria parecía ser positivo. Por otra parte, una serie de encuestas aplicadas por los autores mostraron que los costos de cumplimiento para las empresas exportadoras chinas habían aumentado de forma progresiva año tras año. En este sentido, el esquema HACCP era, según los comerciantes, el estándar más exigente. Al contrario, el cumplimiento de GlobalGAP era el menos costoso. Los autores también observaron que los costos de cumplimiento fueron relativamente mayores para las empresas nacionales y pequeñas.

Del mismo modo, Mangelsdorf, Portugal-Pérez y Wilson (2012) apuntaron a evidenciar los efectos de la aplicación de estándares sobre las exportaciones agrícolas chinas, teniendo también en cuenta si estos requisitos estaban armonizados en el ámbito internacional o sólo en el nacional. Los resultados obtenidos confirmaron los de Song y Chen (2010), ya que se demostró que la aplicación de las normas obligatorias tuvo un efecto positivo en las exportaciones agrícolas chinas. Este impacto fue mayor cuando las normas se basaron en los sistemas internacionales. Por otro lado, el efecto de las normas voluntarias era más pequeño o incluso no significativo que el de las obligatorias. Los autores sugirieron que la razón de esto es que la mayoría de los productores chinos no habían implementado los requisitos voluntarios.

De modo complementario, algunos investigadores han analizado los efectos de las MSF/OTC en un país y sector específicos. En este sentido,

Meneguelli, Pinto de Souza y Lee (2011) evaluaron el impacto de las MSF/OTC en las exportaciones brasileñas de carne de aves de corral. A partir de un análisis econométrico, se pudo establecer que las MSF/OTC tuvieron un efecto no significativo en las exportaciones avícolas brasileñas en general. Sin embargo, las conclusiones fueron diferentes cuando se desagregaba el enfoque. En este sentido, los requisitos de etiquetado y las prohibiciones/restricciones estuvieron de manera significativa y positiva relacionadas con el comercio. En contraste, se encontró que las medidas de evaluación de la conformidad dificultaban los intercambios. El resto de las categorías consideradas (productos y procesos) se evidenciaron como no significativas.

Del mismo modo, Melo, Engler, Nahuelhual y Barrena (2012) investigaron los efectos de las MSF en las exportaciones de fruta chilena. Para ello, en primer lugar, los autores calcularon un índice de severidad de las MSF aplicadas por los principales socios comerciales de Chile en uvas, manzanas, cerezas y kiwis, con base en las opiniones de los productores. De acuerdo con este índice, se concluyó que los países más estrictos fueron México, Taiwán, Reino Unido y China, mientras que los menos exigentes fueron Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos³. Como segunda etapa de la investigación, los autores estimaron un modelo gravitacional que consideraba entre las variables explicativas el índice de severidad calculado. Se comprobó que el nivel de rigurosidad de las normas MSF habría tenido un impacto significativo y negativo en las exportaciones de fruta chilena.

IMPLICACIONES DE LA HETEROGENEIDAD/ARMONIZACIÓN EN LAS MSF/OTC

Así como algunos autores han estudiado el impacto de la similitud o diferencia de estas medidas, otro se han dedicado a los efectos de los requisitos de las MSF/OTC sobre el comercio agroalimentario. Por ejemplo, Winchester *et al.* (2012) abordaron la situación actual y el impacto de la heterogeneidad de las MSF/OTC entre los miembros de la UE y nueve países (Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Japón, Nueva Zelanda, Rusia y Estados Unidos). Para ello, los autores calcularon un ratio de heterogeneidad de la regulación comercial, el cual fue considerado dentro de las variables explicativas de

3 Al respecto, se sugiere consultar también a Engler, Nahuelhual, Cofré y Barrena, 2012.

un modelo gravitacional. Los resultados de las estimaciones mostraron de modo sorprendente que la heterogeneidad no tenía un efecto significativo en el comercio para la mayor parte de las regulaciones consideradas, con excepción de los límites máximos de residuos de pesticidas.

Por su parte, Disdier, Fontagné y Cadot (2012) evaluaron los efectos sobre el comercio sur-sur, que supone la inclusión de cláusulas relacionadas con los OTC en los acuerdos comerciales entre los países del norte y el sur. En este sentido, los autores asumen que el país del sur con frecuencia se adapta a las normativas del país del norte, lo cual hace a los primeros menos capaces de establecer sus propias directrices. Se utilizó un modelo econométrico que consideró 43 acuerdos comerciales, diferenciados en si aumentaron la armonización de las normas o no y, si lo hicieron, si se promovieron normas regionales o internacionales. También se tuvo en cuenta si el acuerdo era norte-sur o sur-sur, y, en este último caso, si uno de los socios también tenía un acuerdo comercial con un país del norte. A partir de este análisis, los autores evidenciaron que los acuerdos comerciales entre los países del norte y del sur, como se esperaba, aumentaban su comercio bilateral. Sin embargo, tuvieron un impacto negativo en el comercio cuando se basaban en los estándares regionales. Los autores sugirieron que los costos asociados con estas normas (impuestas por los países desarrollados) eran demasiado altos para los productores de los países en desarrollo. Por otra parte, mediante esta investigación se confirmó que los acuerdos comerciales norte-sur distorsionan los flujos comerciales sur-sur. Los autores afirmaron que este efecto podría deberse al mayor atractivo de los mercados del norte para los exportadores.

Además de las investigaciones mencionadas, algunos otros estudios se han ocupado de los efectos de la heterogeneidad de regulaciones específicas. En este sentido, Vigani, Raimondi y Olper (2009) investigaron cómo la semejanza o diferencia entre las regulaciones respecto a los organismos genéticamente modificados (OMG) en los países exportadores e importadores afectaba al comercio. Para ello, los efectos de las normas de OGM en los flujos comerciales bilaterales fueron estimados en una muestra de países desarrollados y en desarrollo con base en la comparación de un índice de complejidad. Los resultados confirmaron que los países con mayores similitudes en las regulaciones en cuanto a los OGM tuvieron más intensos flujos comerciales bilaterales. Por otra parte, con relación a las diferentes categorías de regulación definidas, el etiquetado, los procesos de aprobación y los sistemas de

trazabilidad fueron las variables más importantes para la determinación de los flujos comerciales. Para los autores, los resultados indicarían que el rigor de la regulación no es la única variable significativa para el comercio, ya que el nivel de armonización también es importante.

Del mismo modo, Drogué y Demaría (2012) evaluaron el impacto de la similitud/diferencia de las normas sobre el límite máximo de residuos de plaguicidas (LMR) en el comercio de frutas, específicamente en las peras y las manzanas. Los resultados globales mostraron que un nivel más alto de similitud en la regulación del LMR entre los países tuvo efectos positivos en el volumen del comercio de peras y manzanas (pero no en la existencia del propio comercio). Sin embargo, se llegó a algunas conclusiones particulares cuando se analizaron los resultados en el ámbito del país. Por ejemplo, en Estados Unidos y Japón la armonización de las normas podía contribuir a la desviación de comercio. Los autores sugirieron que una explicación de este resultado en particular podría ser que la adopción de una norma menos estricta que el equivalente nacional permitiría el acceso al mercado de productos con menor costo, lo que afectaría de manera negativa a los productores locales.

CONCLUSIONES

Como se desprende de esta revisión, existe una cantidad significativa de investigaciones recientes que han aplicado modelos econométricos con el fin de definir los efectos derivados de las MSF/OTC en los flujos de importación/exportación en los mercados agroalimentarios, así como en la propia intención de comerciar.

Una parte importante de estas investigaciones concluyó que el aumento de la severidad impuesta por los requisitos sanitarios, fitosanitarios y/o técnicos dificulta el comercio agroalimentario, lo que genera una barrera (Bao y Qiu, 2010; Beghin y Melatos, 2012; De Melo *et al.*, 2012; Disdier y Fontagné, 2010; Disdier y Marette, 2010; Otsuki *et al.*, 2001; Wei *et al.*, 2012ab; Wieck *et al.*, 2012). En este contexto, algunos autores destacan que las dificultades que las MSF/OTC plantean para el comercio son mayores en el caso de los países en desarrollo y menos desarrollados (Disdier *et al.*, 2008; Hoekman y Nicita, 2008; Häberli, 2008; Wilson y Bray, 2010).

No obstante, los resultados de algunas investigaciones realizadas sostienen que en ciertos casos las MSF/OTC no han afectado de manera significativa

al comercio alimentario (Xiong y Beghin, 2012). De hecho, de acuerdo con una parte de las investigaciones revisadas, algunas de estas medidas pueden incluso tener efectos positivos en aquellos productores que están en condiciones de cumplir con los requisitos o, al menos, tener un impacto ambiguo (Crivelli y Gröschl, 2012; Mangelsdorf *et al.*, 2012; Meneguelli *et al.*, 2011; Schlueter *et al.*, 2009; Song y Chen, 2010; Wilson y Bray, 2010).

Más allá de la discusión anterior, además de los estudios sobre el impacto de la aplicación de las normas, algunos investigadores se han ocupado de los efectos de la homogeneidad/heterogeneidad de las MSF/OTC en el comercio agroalimentario. Los principales resultados de estos estudios sugieren que un mayor grado de similitud en la normativa sería positivo para los flujos comerciales (Drogué y De María, 2012; Vigani *et al.*, 2009). Sin embargo, algunos autores evidenciaron que estos efectos positivos dependen de la forma en que se lleven a cabo los procesos antes mencionados (Disdier *et al.*, 2012).

De acuerdo con los resultados presentados, parece apropiado afirmar que la investigación reciente apoya la presencia de un efecto dual en la relación entre las normas MSF/OTC y el comercio agroalimentario. Por un lado, la aplicación de normas sanitarias, fitosanitarias y técnicas puede aumentar la confianza de los consumidores y, en consecuencia, el comercio. Sin embargo, algunos de los requisitos también pueden actuar como una barrera para los exportadores debido a los costos de producción. El resultado general de esta relación no sólo se basaría en el perfil de los productores, que a su vez se podría relacionar con la situación económica del país, sino que también depende de las características propias de las normas, como la severidad y la armonización.

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación ha sido financiada en parte por el Programa U-INICIA VID 2012 de la Universidad de Chile. La autora quiere asimismo expresar su gratitud al Proyecto de Cooperación Académica SECO-WTI por su apoyo. Un especial agradecimiento al profesor Christian Häberli del World Trade Institute (Universidad de Berna) por sus sugerencias y comentarios.

BIBLIOGRAFÍA

- AMEMIYA, T. (1981): Qualitative Response Models: A Survey. *Journal of Economic Literature*, 19(4), 1483-1536.
- ANDERSON, J. E. (1979): "A Theoretical Foundation for the Gravity Equation", *The American Economic Review*, 69(1), 106-116.
- ANDERSON, J. E., VAN WINCOOP, E. (2003): "Gravity with Gravitas: A Solution to the Border Puzzle", *American Economic Review*, 93(1), 170-192.
- BAO, X., QIU, L. D. (2010): "Do Technical Barriers to Trade Promote or Restrict Trade? Evidence from China", *Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics*, 17(3), 253 - 280.
- BEGHIN, J., MELATOS, M. (2012): "The Trade and Welfare Impacts of Australian Quarantine Policies: The Case of Pigmeat", *The World Economy*, 35(8), 1006-1021.
- BERGSTRAND, J. H. (1989): "The Generalized Gravity Equation, Monopolistic Competition, and the Factor-Proportions Theory of International Trade", *The Review of Economics and Statistics*, 71(1), 143-153.
- BURGER, M. J., VAN OORT, F. G., LINDERS, G. J. (2009): "On the Specification of the Gravity Model of Trade: Zeros, Excess Zeros and Zero-Inflated Estimations", *Spatial Economic Analysis*, 4(2), 167-190.
- CARRERE, C., DE MELO, J. (2009): "Non-tariff measures: what do we know, what should be done?" CERDI Working Paper E. 2009.33.
- CRIVELLI, P., GRÖSCHL, J. (2012): "SPS Measures and Trade: Implementation Matters", World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-201. 2 - 05.
- DARBY, M. R. KARNI, E. (1973): "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud", *Journal of Law and Economics*, 16(1), 67-88.
- DEARDORFF, A. (1998): "Determinants of Bilateral Trade: Does Gravity Work in a Neoclassical World?": in FRANKEL, J. A. (ed.): *The Regionalization of the World Economy* (pp. 7-32), University of Chicago Press.
- DEMARIA, F., RAU, M. L., SCHLUETER, S. (2011): "NTM's and gravity-type models: state of the art and analysis of the literature", European Commission NTM's Impact Project Working Paper.

- DISDIER, A. C., FONTAGNÉ, L. (2010): “Trade Impact of European Measures on GMOS Condemned by WTO Panel”, *Review of World Economics*, 146(3), 495-514.
- DISDIER, A. C., FONTAGNÉ, L., CADOT, O. (2012): “North-South Standards Harmonization and International Trade”, CEPR Discussion Paper 8767.
- DISDIER, A. C., FONTAGNÉ, L., MIMOUNI, D. (2008): “The impact of regulations on agricultural trade: evidence from SPS and TBT agreements”, *American Journal of Agricultural Economics*, 90(2), 336-350.
- DISDIER, A. C., MARETTE, S. (2010): “The combination of gravity and welfare approaches for evaluating non-tariff measures”, *American Journal of Agricultural Economics*, 92(3), 713-726.
- DISDIER, A. C. VAN TONGEREN, F. (2010): “Non-Tariff Measures in Agri-Food Trade: What Do the Data Tell Us? Evidence from a Cluster Analysis on OECD Imports”, *Applied Economic Perspectives and Policy*, 32(3): 436-455.
- DROGUÉ, S., DEMARIA, F. (2012): “Pesticides residues and trade, the apple of discord?” *Food Policy*, 37(6), 641-649.
- ENGLER, A., NAHUELHUAL, L., COFRÉ, G. BARRENA, J. (2012): “How far from harmonization are sanitary, phytosanitary and quality-related standards? An exporter’s perception approach”, *Food Policy*, 37, 162-170.
- FAO, CEPAL, IICA (2012): *Perspectivas de la agricultura y del desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y el Caribe*, FAO, Santiago, Chile.
- HÄBERLI, C. (2008): “Market Access in Switzerland and in the European Union for Agricultural Products from Least Developed Countries”, NCCR Working Paper 2008/5.
- HECKMAN, J. (1979): “Sample Selection Bias as a Specification Error”, *Econometric*, 47(1), 153-161.
- HELPMAN, E., MELITZ, M., RUBINSTEIN, Y. (2008): “Estimating Trade Flows: Trading Partners and Trading Volumes”, *Quarterly Journal of Economics*, 123(2), 441-487.
- HOBBS, J. E. (2010). “Public and Private Standards for Food Safety and Quality: International Trade Implications”, *Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, 11(1), 136-152.
- HOEKMAN, B., NICITA, A. (2008): “Trade policy, trade costs, and developing country trade”, World Bank Policy Research Working Paper 4797.

- JOSLING, T. (2009): “Constructing a Composite Index of Market Access”, International Centre for Trade and Sustainable Development Issue Paper n.º 23.
- KEE, H. L., NICITA A. OLERREAGA, M. (2009): “Estimating trade restrictiveness indices”, *The Economic Journal*, 119(534), 172-199.
- MADDALA, G. S. (1983): *Limited-Dependent and Qualitative Variables in Economics*. New York: Cambridge University Press.
- MANGELSDORF, A., PORTUGAL-PEREZ, A., WILSON, J. (2012): “Food Standards and Exports: Evidence from China”, World Bank Policy Research Working Paper 5976.
- MELO, O., ENGLER, A., NAHUELHUAL, L., BARRENA, J. (August, 2012): “Does Sanitary and Phytosanitary regulation stringency affect developing countries exports? Evidence from Chilean fruit exports”, Paper presented at the International Conference of Agricultural Economists 2012, Foz do Iguacu, Brazil.
- MENEGUELLI, L., PINTO DE SOUZA, M., LEE, H. (July, 2011): “Impact of Sanitary and Technical Measures on Brazilian Exports of Poultry Meat”, Paper presented at the AAEA & NAREA Joint Annual Meeting, Pittsburgh, USA.
- MIMOUNI, D., AVERBECK, C., SKOROBOGATOVA, O. (2009): “Obstacles to Trade from the Perspective of the Business Sector: A Cross-Country Comparison”, in World Economic Forum (ed.): *The Global Enabling Trade Report 2009* (pp. 69-76).
- NELSON, P. (1970): “Information and Consumer Behavior”, *Journal of Political Economy*, 78 (March-April), 311-329.
- OTSUKI, T., WILSON, J., SEWADEH, M. (2001): “Saving two in a billion: quantifying the trade effect of European food safety standards on African exports”, *Food Policy*, 26(5), 495-514.
- SANTANA, R., JACKSON, L. A. (2012): “Identifying non-tariff barriers: evolution of multilateral instruments and evidence from the disputes (1948-2011)”, *World Trade Review*, 11(3), 462-478.
- SANTOS SILVA, J., TENREYRO, S. (2006): “The Log of Gravity”, *The Review of Economics and Statistics*, 88(4), 641-658.
- SCHLUETER, S., WIECK, C., HECKELEI, T. (2009): Regulatory policies in meat trade: is there evidence for least trade-distorting sanitary regulations? *American Journal of Agricultural Economics*, 91(5), 1484-1490.

- SONG, H., CHEN, K. (June, 2010): "Trade effects and compliance costs of food safety regulations: the case of China", Paper presented at the International Conference on Agricultural Risk and Food Security 2010, Beijing, China.
- TINBERGEN, J. (1962): *Shaping the World Economy*, Twentieth Century Fund, New York, USA.
- VAN TONGEREN, F., BEGHIN, J., MARETTE, S. (2009): "A cost-benefit framework for the assessment of non-tariff measures in agro-food trade", OECD Food Agriculture and Fisheries Working Papers No. 21.
- VIGANI, M., RAIMONDI, V., OLPER, A. (2009): "GMO Regulations, International Trade and the Imperialism of Standards", LICOS Discussion Paper 255/2009.
- WEI, G., HUANG, J., YANG, J. (2012a): "The impacts of food safety standards on China's tea exports", *China Economic Review*, 23(2), 253-264.
- WEI, G., HUANG, J., YANG, J. (2012b): "Honey Safety Standards and its Impacts on China's Honey Export", *Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics*, 11(4), 684-693.
- WIECK, C., SCHLUTER, S., BRITZ, W. (2012): "Assessment of the impact of Avian Influenza-related Regulatory Policies on Poultry Meat Trade and Welfare", *The World Economy*, 35(8), 1037-1052.
- WILSON, N., BRAY, V. (July, 2010): "It happened all at once: switching regressions, gravity models and food safety", Paper presented at the AAEA, CAES, WAEA Joint Annual Meeting, Denver, Colorado.
- WINCHESTER, N., RAU, M. L., GOETZ, C., LARUE, B., OTSUKI, T., SHUTES, K., NUNES DE FARIA, R. (2012): "The impact of regulatory heterogeneity on Agrifood Trade", *The World Economy*, 35(8), 973-993.
- WORLD BANK (2008): "A Survey of Non-Tariff Measures in the East Asia and Pacific Region", The World Bank Policy Research Report n.º 42853.
- WORLD TRADE ORGANIZATION (2012): *World Trade Report 2012*, WTO, Geneva, Switzerland.
- XIONG, B., BEGHIN, J. (2012): "Aflatoxin redux: Does European Aflatoxin regulation hurt groundnut exporters from Africa?" *European Review of Agricultural Economics*, 39(4), 589-609.

UNCTAD (2010): *Non-tariff measures: Evidence from Selected Developing Countries and Future Research Agenda*, United Nations Publications, Geneva, Switzerland.

UNCTAD (2012): *Non Tariff Measures to Trade: Economic and Policy Issues for Developing Countries*, United Nations Publications, Geneva, Switzerland.

DANIELA GÓMEZ ALTAMIRANO*

*Políticas sobre energías renovables en la OMC:
“lecciones para no aprender” en América Latina*

RESUMEN

Es un hecho indiscutible que la energía y en particular las energías renovables constituyen hoy un elemento central en el comercio internacional y su regulación en el espectro multilateral. El comercio ha asumido la discusión relativa a la legalidad de programas que fomentan la utilización de energías renovables, por ello la Organización Mundial del Comercio (OMC) contiene reglas aplicables sobre todo en lo que respecta a restricciones cuantitativas y subvenciones. La reciente resolución del órgano de apelación en el caso del Programa FIT de Canadá ha aclarado algunas cuestiones sobre el requisito de contenido local y subvenciones bajo el Acuerdo General de Aranceles y comercio (GATT) y la Gestión de la Cadena de Suministro (SCM); sin embargo, quedan temas pendientes como la disponibilidad de la excepción general en virtud del Artículo XX del GATT.

Los programas de apoyo a la utilización de energías renovables son impulsados de diversas formas y con diferentes estrategias en todo el mundo. La participación activa de los gobiernos en la búsqueda de una política y un marco regulatorio, junto con el apoyo directo e indirecto a las energías renovables, ha llevado al crecimiento del sector en todo el mundo. En este contexto, la relevancia del estudio de la compatibilidad de los programas de apoyo a energías renovables bajo las normas del comercio internacional se vuelve crucial. En el caso particular de programas en la Unión Europea (Directiva sobre energías renovables) y Estados Unidos (Programa de crédito fiscal de producción), por su estructura e implementación podrían considerarse como incompatibles con las normas de la OMC. América Latina como importante productor de energías renovables está en la construcción de una política que permita implementar programas de apoyo a energías renovables, al mismo tiempo que cumple sus obligaciones con amparo a las normas del comercio internacional. Por lo anterior, resulta muy importante abstraer las lecciones que ha dejado la experiencia de la Unión Europea y Estados Unidos en cuanto la promoción de medidas de apoyo a energías renovables,

* Maestra de Derecho Económico Internacional y Políticas (IELPO) de la Universidad de Barcelona. Abogada de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Editora del *Journal of International Economic Law* (JIEL). Profesora de Derecho Económico Internacional en la UNAM y editora asociada de la *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* (LATAM Journal) de la UNAM.

así como la interpretación que el órgano jurisdiccional de la OMC ha dado a las normas aplicables al comercio de energía.

PALABRAS CLAVE

Energías renovables, cambio climático, subvenciones, restricciones cuantitativas, contenido local, Organización Mundial del Comercio.

INTRODUCCIÓN

El mundo se enfrenta a una serie de retos en materia energética. Los combustibles fósiles siguen siendo indispensables para la economía global, pero estos son producidos cada vez más en lugares que presentan grandes riesgos comerciales, ambientales y geopolíticos. Los gases de efecto invernadero continúan acumulándose en la atmósfera y las probabilidades de que el mundo enfrente el catastrófico cambio climático están en aumento. Estos problemas empeoran a medida que la demanda mundial de energía se incrementa. El cambio hacia las energías renovables, junto con mejoras de la eficiencia energética, juega un papel esencial respecto a algunos de los retos más importantes que el mundo enfrenta.

La participación de las energías renovables se acerca a 20% del consumo final global en energía. Dado que la capacidad de producción sigue creciendo y los precios están cayendo, es probable que esta proporción aumente aún más. Junto con las medidas para promover la eficiencia energética, el aumento de la producción de energías renovables proporcionaría muchos beneficios a la economía mundial y a cada uno de los países, de acuerdo con el programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, en su capítulo de 2013, relacionado con las energías renovables. En muchos casos, la producción de energía renovable puede ser más rentable que otros combustibles fósiles. Esto puede ocurrir sobre todo en regiones donde las reservas de combustibles fósiles no son extraíbles y por lo tanto los países se ven obligados a importar energía para satisfacer las necesidades domésticas.

Es un hecho indiscutible que la energía y los productos derivados de ella constituyen un elemento central del comercio internacional, ya que este representa alrededor del 20%. El desarrollo de tecnologías de energía renovable, combinado con un crecimiento del comercio de petróleo y gas, está teniendo un impacto sustancial en el régimen del comercio internacional

en los ámbitos regional y multilateral. Con la integración de la economía internacional, las cuestiones relacionadas con la regulación internacional de las políticas energéticas se han convertido en un punto fundamental en las negociaciones comerciales, multilaterales y regionales.

En gran medida, el comercio transfronterizo de energía y las inversiones relacionadas con este sector están sujetos a tratados bilaterales. Sin embargo, con el fin de garantizar previsibilidad y seguridad jurídicas, las normas multilaterales aplicables tienen un importante papel que desempeñar en particular en lo relacionado con las reglas aplicables contenidas en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Treilcock, M. Howse, R., Eliason, A, 2012).

El tema energético también se aborda en una serie de acuerdos ambientales multilaterales, en particular los relativos al cambio climático, como la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Protocolo de Kioto¹. La preocupación respecto al cambio climático afecta al sector de la energía y amenaza los fundamentos de los sistemas de seguridad energética. En materia de cambio climático, el régimen adoptado por una serie de acuerdos ambientales multilaterales insta a las partes contratantes a tener restricciones comerciales con los países que no forman parte del acuerdo.

En este artículo se pretender plantear los avances en el tema regulatorio y de elaboración de políticas comerciales en materia de energías renovables, prestando especial atención a la interacción entre comercio, energía y medio ambiente.

REGLAS DE LA OMC APLICABLES A ENERGÍAS RENOVABLES

Las cuestiones energéticas no habían ocupado un lugar predominante en las discusiones relacionadas con el sistema multilateral de comercio. Hasta hace algunas décadas, la percepción de que las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) no son aplicables al comercio de energía predominaba. Esta percepción encuentra su fundamento en el

1 El Protocolo de Kioto establece una lista indicativa de las políticas nacionales que se pueden utilizar para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, que incluyen la promoción de la eficiencia energética y la investigación y el desarrollo de fuentes de energía renovables.

hecho de que hasta la década de 1980, los países que producen más energía aún no eran partes contratantes del GATT. Resulta claro que con la adhesión de algunos de los principales países productores de energía y petróleo a este acuerdo y luego a la Organización Mundial del Comercio (OMC), la relación entre el comercio y el sector energético ha sido cada vez más cercana.

En la actualidad, el debate de si las normas comerciales de la OMC abarcan al sector energético parece estar apaciguado en cuanto a que en efecto el ámbito de aplicación de sus normas incluye el comercio de productos energéticos, que pueden ser bienes o servicios. Algunos autores señalan que el problema es, sin embargo, que estas reglas no están bien diseñadas para abordar cuestiones específicas del sector energético, bajo el argumento de que las normas de la OMC están diseñadas para poner barreras a la importación más que barreras a la exportación. En el sector energético, las restricciones al comercio son más recurrentes en forma de barreras a la exportación (Selivanova, 2007).

Los acuerdos de la OMC que se relacionan con el comercio transfronterizo de energía incluyen: el GATT, el acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS), el acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (OTC), el acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC), el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias (SMC) y el acuerdo plurilateral sobre contratación pública (ACP).

Cabe resaltar la compleja relación del sistema legal de la OMC y los acuerdos ambientales multilaterales, que comienza a partir de reglas de interpretación bajo los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que se ha manifestado en una serie de casos llevados ante el OSD de la OMC. Desde la óptica del derecho de la Organización Mundial del Comercio, otros instrumentos internacionales sólo pueden aplicarse en la medida en que influyan en la aplicación e interpretación de sus normas. Incluso, hay controversia en cuanto a si un acuerdo en el que no todos los miembros de la OMC son parte puede aplicarse en un procedimiento de solución de diferencias ante este mismo organismo.

La cuestión que surge es cómo diseñar políticas para combatir el cambio climático sin violar las obligaciones comerciales en el marco de la OMC. Por ejemplo, el apoyo financiero a los productores de energía renovable podría caer bajo las reglas de la OMC como subvenciones y los impuestos sobre la energía y todas las leyes y reglamentos nacionales no deberían aplicarse de manera discriminatoria.

RESTRICCIONES A LA EXPORTACIÓN

Las disciplinas legales contenidas en los acuerdos de la OMC, así como la práctica en el sistema multilateral de comercio, parecen haberse centrado en mayor medida en restricciones a la importación que en restricciones a la exportación. Esto se debe a que las restricciones a la importación eran la forma principal de distorsionar el comercio internacional (Roessler, 1997). Sin embargo, en los últimos años, el sistema multilateral de comercio ha enfrentado restricciones a la exportación de bienes específicos, que incluyen productos energéticos. Por ejemplo, mientras que los países importadores de energía tienden a mantener barreras mínimas a la importación, los países exportadores de energía tienden a limitar las exportaciones a través de medidas fiscales y no fiscales, ya que esto puede aumentar sus ingresos e indirectamente favorecer a las industrias domésticas.

De acuerdo con el régimen legal de la OMC, las restricciones a la exportación pueden tomar una de las siguientes formas: derechos de exportación y otras medidas fiscales fronterizas; medidas no arancelarias en frontera y medidas internas que restringen las exportaciones. Resulta importante recordar que las reglas aplicables a este efecto son el Artículo I del GATT (trato de la nación más favorecida), en tanto que un miembro de la OMC debe extender de manera inmediata e incondicional cualquier ventaja que ha concedido a un producto destinado a un país, a los productos similares destinados a todos los demás miembros de la OMC. El Artículo VIII del GATT regula la imposición de gastos y trámites relacionados con la exportación; el Artículo XIII establece reglas sobre la administración de restricciones a la exportación y el Artículo XI provee sobre restricciones cuantitativas.

El Artículo XI del GATT establece: prohibir exportaciones y restringir exportaciones². Dado el pequeño número de restricciones a la exportación llevadas a escrutinio ante el órgano judicial la OMC y teniendo en cuenta que el Artículo XI del GATT se aplica a importaciones y a exportaciones, un examen de la jurisprudencia de la OMC sobre el Artículo XI:I del GATT per-

2 El Artículo XI del GATT señala que: “Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá, aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas”.

mite identificar medidas incompatibles, al ser prohibiciones o restricciones a la exportación, aun cuando la medida de que se trata en los litigios fuera sobre importaciones.

Por ejemplo, en el caso *Canadá-publicaciones*, el grupo especial constató que la prohibición total de las importaciones de un determinado producto es incompatible con el Artículo XI:I del GATT ya que “la importación de determinados productos extranjeros en Canadá se negó por completo bajo el Código Arancelario 9958”³. En el caso de *Colombia-Puertos de entrada*, el grupo especial, al analizar el término restricciones a la importación en el Artículo XI:I del GATT, concluyó que “las medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso a las importaciones a los mercados o hacen que la importación sea prohibitivamente costosa, circunstancias todas que tienen repercusiones en la posición competitiva de un importador”, esta es una medida prohibida por el Artículo XI del GATT⁴.

En tiempos recientes, en la disputa *China-Materias primas*⁵, fue la primera vez que se revisaron, bajo el Artículo XI del GATT, ciertas medidas relativas a la exportación de bienes⁶. El grupo especial concluyó que los derechos de exportación de China eran incompatibles con sus compromisos en virtud de su protocolo de adhesión, además de ser incompatibles con las normas de la OMC, en particular con el Artículo XI del GATT. China, en su defensa, sostuvo en su alegato que algunos de sus contingentes de exportación estaban justificados porque guardaban relación con la conservación de recursos naturales agotables. Sin embargo, China no pudo demostrar que impusiera esas restricciones junto con restricciones a la producción o al consumo nacionales de las materias primas a efectos de su conservación.

El órgano de apelación confirmó la recomendación del grupo especial de que China adecuara sus medidas relativas a los derechos de exportación

3 Informe del grupo especial, *Canadá-Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/R. También ver: Informe del órgano de apelación, *Estados Unidos-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/R; Informe del grupo especial, *Comunidades europeas-Amianto*, WT/DS135/R.

4 Informe del grupo especial, *Colombia-Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*, WT/DS366/R.

5 *China-Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS395.

6 Se refiere a cuatro tipos de limitaciones a las exportaciones que impone China con respecto a varias materias primas. Las materias primas sujetas a estas limitaciones son distintas formas de bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, carburo de silicio, silicio metálico, fósforo amarillo y cinc.

y los contingentes de exportación de conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC, de manera que las “series de medidas” no actuaran de modo que dieran lugar a un resultado incompatible con la OMC.

Algunas de las medidas comerciales que pudieran ser sujetas de obligaciones en virtud del Artículo XI del GATT, de interés para el sector energético, incluyen: licencias discrecionales o no automáticas de exportación, precio mínimo de exportación y restricciones voluntarias a la exportación.

Cabe señalar que el Artículo XI del GATT prevé varias excepciones a la prohibición de restricciones cuantitativas. La más relevante para el sector energético es la que permite a los países invocar de manera temporal prohibiciones a la exportación con el fin de prevenir o remediar una escasez aguda de productos esenciales para el país exportador.

SUBVENCIONES

Las subvenciones en el sector energético han atraído mayor interés por sus efectos en el comercio internacional. Existen dos tipos de subvenciones a la energía: primero, subsidios destinados a productores de energía e industrias transformadoras (como pagos directos de apoyo a la producción, exención de impuestos, créditos fiscales, reducción en costos de insumos, subvenciones a la inversión, etc.); segundo, subsidios destinados a fomentar políticas de protección al medio ambiente, sobre todo con énfasis en el cambio climático (subsidios a la producción de energías renovables) (Selivanova, 2007).

El Artículo 1 del SMC señala que se considerará que existe subvención cuando haya una “contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público” o cuando haya “alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios”, por el cual se otorga un “beneficio”. Una subvención estará sujeta a las normas del SMC sólo si es “específica” de conformidad con el Artículo 2 del SMC. Subvenciones consideradas específicas y por lo tanto prohibidas son aquellas supeditadas de hecho o de facto a los resultados de exportación o aquellas supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados (artículo 3 del SMC).

Además de las subvenciones prohibidas, el SMC prevé subvenciones recurribles que serán aquellas que causen efectos desfavorables para los intereses de otros miembros: daño a la rama de producción nacional, anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del GATT, perjuicio grave a los intereses de otro miembro (Artículo 5). En estos casos, el miembro afectado

podrá imponer derechos compensatorios (Artículo 19) o bien presentar una reclamación ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC solicitando la supresión de la subvención o la eliminación del efecto adverso (Artículo 7).

Las subvenciones han sido tradicionalmente utilizadas por los gobiernos como motor para el desarrollo del sector energético nacional, así como para las industrias transformadoras. Algunas prácticas de este tipo, como las políticas de precios, han sido impugnadas sobre la base de las normas sobre subvenciones. En la actualidad, algunos programas de cambio climático podrían constituir una subvención específica.

En los últimos años, la planeación de políticas sobre medio ambiente y cambio climático ha recibido gran atención con el surgimiento de la conciencia social y política por fomentar energías renovables.

EL PROGRAMA FIT DE ONTARIO

En mayo de 2013, el órgano de apelación de la OMC hizo público su informe sobre alegatos de Japón y de la UE contra Canadá en relación con *Ontario’s feed-in tariff program* (Programa FIT⁷).

Establecido bajo la *Green Energy and Green Economy Act* de 2009, el Programa FIT tiene dos objetivos: ambiental (para mejorar la calidad del aire mediante la eliminación gradual de la producción de electricidad con carbón) y económico (para estimular el desarrollo local de tecnologías de energía limpia).

Bajo este programa, la provincia de Ontario permite a los desarrolladores a gran escala de energía renovable y pequeñas empresas con fuentes de energía renovables calificada celebrar contratos de venta con la autoridad de energía de Ontario para la producción de energía eléctrica, la cual queda obligada a pagar un precio fijo por la electricidad entregada. Además, el Programa FIT exige a los productores de energías renovables el cumplimiento de un requerimiento de contenido local, que exhorta a utilizar un porcentaje determinado de los materiales y mano de obra de los proveedores de Ontario para sus proyectos.

El grupo especial y el órgano de apelación llegaron a la conclusión de que el requisito de contenido local en el programa FIT entraba en conflicto

7 OMC, *Canadá-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía*, DS412.

con el principio de no discriminación⁸, en consonancia con el Artículo II del acuerdo sobre las MIC y el Artículo III del SMC⁹. En cuanto al análisis de los beneficios en el marco del SMC, el grupo especial y el órgano de apelación dieron a Canadá una modesta victoria al determinar que el Programa FIT no era una subvención como se define en el SMC. A pesar de que ambos estuvieron de acuerdo en que la compra de electricidad por parte de la autoridad de energía de Ontario representaba una contribución financiera en la forma de compra gubernamental; ambas instancias tuvieron dificultad para encontrar bases respecto a que esas compras también confieren un beneficio a los participantes del Programa FIT¹⁰.

La decisión del órgano de apelación y del grupo especial contiene algunas deficiencias que crean cierto grado de incertidumbre en cuanto a la implementación de programas de energías renovables bajo el régimen de subvenciones de la OMC. En concreto, las decisiones dejan sin respuesta algunas cuestiones importantes relacionadas con la función de la política del gobierno en el análisis de los beneficios en virtud del Artículo 1.1 (b) del SMC. También quedan sin respuesta las cuestiones relativas a la posible aplicación del Artículo XX del GATT como justificaciones y posibles conflictos con reglas de inversión internacional.

La decisión de la OMC en el caso *Canadá-Energía renovable* será sin duda el despertar de un debate global sobre cuestiones regulatorias en la materia. Al menos ocho de los treinta principales mercados del mundo mantienen programas que contienen una cierta variación de requisitos de contenido local en materia energética. La pregunta que surge entonces se refiere a cómo diseñar programas destinados a la consecución de objetivos ambientales sin que el apoyo financiero gubernamental otorgado sea considerado una subvención recurrible y por lo tanto contraria a las normas comerciales multilaterales.

8 El órgano de apelación afirmó que los requisitos de contenido nacional del Programa FIT eran incompatibles con las obligaciones de trato nacional de Canadá. Sostuvo que Canadá no podía invocar el Artículo III:8(a), al ser consideradas incompatibles las medidas con el Artículo III:4 del GATT y con el Artículo 2.1 del MIC.

9 Informe del grupo especial, *Canadá-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía*, DS412, párrafos 7.107-7.113; Informe del órgano de apelación, *Canadá-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía*, DS412, párrafos 5.75-5.85.

10 Informe del grupo especial, *Canadá-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía*, DS412, párrafos 7.320-7.327; Informe del órgano de apelación, *Canadá-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía*, DS412, párrafos 5.167-5.246.

OTRAS DISPUTAS SOBRE ENERGÍAS RENOVABLES
EN EL MARCO DE LA OMC

Las exigencias a la OMC relacionadas con programas estatales de apoyo a fuentes renovables de energía son cada vez mayores. En noviembre de 2012, China presentó una petición en la que alegaba ilegalidad de los programas FIT de varios Estados miembros de la UE, como Grecia e Italia, y en particular de las restricciones de contenido local que rigen la elegibilidad de la generación de energía renovable para la tarifa del programa¹¹. Estados Unidos también ha enfrentado a India por su programa *Jawaharlal Nehru National Solar Mission* (NSM), bajo el argumento de que este país obliga a los desarrolladores de energía solar a la compra y uso de células y módulos solares de origen nacional para poder participar en el NSM¹².

Asimismo, el 15 mayo de 2013, Argentina de nuevo presentó ante el OSD de la OMC una solicitud de celebración de consultas contra la UE, alegando que determinadas medidas relativas a la importación y comercialización de biodiesel eran incompatibles con las normas de la OMC, ya que el 20 de agosto de 2012 había solicitado consultas con la UE sobre las medidas adoptadas por España respecto a la importación de biodiesel, pero a finales de diciembre de ese año, el gobierno español dio marcha atrás al estimar que habían introducido cambios legislativos que permitían la importación de biodiesel argentino. No obstante, el ministerio de Relaciones Exteriores argentino subrayó que se reservaba la posibilidad de recurrir de nuevo a la OMC. Argentina reclama por parte de Bélgica, Francia, Italia, España y Polonia la sujeción a la Directiva de Energía Renovable de la UE que está siendo implementada en los 27 Estados miembros de la EU. Esta legislación busca impulsar el uso de biocombustibles e incrementar la seguridad de los suministros energéticos.

En la celebración de consultas, Argentina señaló como reglas de la OMC que serían contravenidas con la Directiva de la EU las siguientes: GATT de

11 Solicitud de celebración de consultas por parte de China, *Unión Europea y determinados Estados Miembros-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS452/1, 7 de noviembre de 2012.

12 Solicitud de celebración de consultas por parte de Estados Unidos, *India- Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares*, WT/DS456/1, 11 de febrero de 2013.

1994: Art. I:1, III, III:1, III:2, III:4, III:5; Acuerdo OTC: Art. 2.1, 2.2, 5.1, 5.2; Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Art. XVI:4; Acuerdo sobre MIC: Art. 2.1, 2.2; Acuerdo SMC: Art. 3.1(b), 3.2, 5(b), 2.3, I.1, 6.3(a).

PROGRAMAS DE ENERGÍA RENOVABLE
EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESTADOS UNIDOS:
COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS DE LA OMC

Los programas de apoyo a energías renovables se ponen en marcha de diversas formas y con diferentes estrategias en todo el mundo. La participación activa de los gobiernos en la búsqueda de una política y un marco regulatorio, junto con el apoyo directo e indirecto a la generación de energías renovables, ha llevado al crecimiento del sector en todo el mundo. Es en este contexto que la relevancia del estudio de la compatibilidad de los programas de apoyo de energías renovables con las normas del comercio internacional se vuelve crucial.

La preocupación por un desarrollo sostenible, el cambio climático y la dependencia excesiva de las fuentes tradicionales no renovables de energía han impulsado los programas de apoyo a energías renovables como prioridad para muchos países. Los gobiernos han elaborado políticas de energías renovables como estímulo para este sector, lo que incluye diversos tipos de subvenciones.

La proliferación de políticas de incentivos para promover energías renovables es común, especialmente en la Unión Europea y Estados Unidos. En este contexto, la cuestión de la compatibilidad de los programas de apoyo a energías renovables con respecto al derecho de la OMC es imprescindible.

El análisis de la compatibilidad de los programas del bloque europeo y Estados Unidos, en términos generales, concluye que varias disposiciones de estos programas son, posiblemente, incompatibles con las disposiciones del GATT y del SMC. Mientras que los principios de trato nacional y nación más favorecida se violan en muchos casos, el uso de requisitos de contenido local resulta en violación en todos los casos. Asimismo, muchos de los programas constituyen varios tipos de subvenciones que podrían tomar la forma de subvenciones prohibidas o de subvenciones recurribles, bajo el SMC.

La directiva sobre energías renovables¹³ establece la política general y un marco para la promoción de energías renovables en los Estados miembros de la UE. Aunque no especifica los programas de apoyo que deberán aplicarse, proporciona las bases legales sobre las cuales los países de la UE deberán promulgar leyes y aplicar diferentes programas relacionados con la energía renovable.

La directiva obliga que para 2020, 20% de participación en el consumo final de energía en la UE debe provenir de fuentes renovables. Es así que el objetivo principal es que cada miembro de la UE asegure que la cuota de energía procedente de fuentes renovables, en su consumo final bruto de energía en 2020, sea equivalente como mínimo a su objetivo global nacional en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables de ese año¹⁴. Para que el biocombustible sea incluido en el cálculo del consumo final bruto de energía procedente de fuentes renovables, este deberá satisfacer los criterios de sostenibilidad establecidos en el Artículo 17. Además, conforme a los criterios de sostenibilidad relacionados con la tierra para todos los biocombustibles distintos de los obtenidos a partir de desechos y residuos (con ciertas excepciones), los biocarburantes y biolíquidos no deben haber sido fabricados con materias primas obtenidas de las siguientes áreas de tierra:

- Tierra con un alto valor en biodiversidad: (a partir de enero 2008) bosques primarios y otras zonas de tierras boscosas destinadas para fines de protección de la naturaleza y de las especies, ecosistemas en peligro de extinción, biodiversidad de pastizales.

- Tierra con altas reservas de carbono: (a partir de enero de 2007) humedales, zonas arboladas continuas o extensiones de tierra de más de una hectárea, con árboles de más de cinco metros y una cubierta de copas de entre 10 y 30%.

- Turberas: (a partir de enero de 2008) a no ser que el cultivo y la recolección de esta materia prima no implique el drenaje de suelos no drenados con anterioridad.

13 Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

14 Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, Artículo 3.1.

Así, de acuerdo con la directiva de la UE, sólo los biocombustibles que cumplan con los criterios de sostenibilidad podrán recibir determinadas prestaciones contempladas por la UE o sus Estados miembros. Esto significa que, aunque los Estados miembros son libres de utilizar biocombustibles que no cumplan con los criterios de sostenibilidad, el uso de ellos afectará su obligación de alcanzar un determinado porcentaje de utilización de energías renovables. En pocas palabras, esta medida afecta de manera indirecta el uso de biocombustibles locales e importados que no cumplen con los criterios de sostenibilidad.

Al tratar ciertos biocombustibles de manera diferente en función de si cumplen con los dos conjuntos de criterios de sostenibilidad, la directiva de la UE suscita preocupación a la luz de las reglas de la OMC, en particular con el Artículo I:1 del GATT.

Para que una medida sea considerada contraria al Artículo I:1 del GATT, tres elementos deberán ser analizados: cualquier ventaja será concedida a todo producto similar originario de cualquier miembro de la OMC de manera inmediata e incondicional.

El término ventaja ha sido interpretado por el órgano de apelación de la OMC de una manera amplia, al hacer referencia a cualquier ventaja que creara condiciones de competencia más favorables o que afectara la relación comercial entre productos de diferentes orígenes¹⁵. La directiva de la UE alienta a los Estados miembros a utilizar los biocombustibles que satisfacen los criterios de sostenibilidad sobre aquellos que no lo cumplen, lo cual constituye una ventaja. Incluso, la propia directiva reconoce que los biocombustibles que cumplan estos criterios deberán contar con un precio favorable en comparación con aquellos que no lo hacen, si el criterio es para lograr objetivos ambientales¹⁶.

15 Informe del órgano de apelación, *Comunidades europeas - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/ABR, párrafo 206; informe del órgano de apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/ABR, párrafo 79.

16 Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, preámbulo 76. Por ejemplo, la legislación de Alemania, al aplicar la directiva faculta a los productores de electricidad al pago de un arancel bajo la ley de energía renovable con respecto a la electricidad producida a partir de los biolíquidos, sólo si estos cumplen los criterios de sostenibilidad. (*Ordinance on requirements pertaining production of bioliquids for electricity production*, Art. 3).

En relación con productos similares, dos productos no serán similares en virtud de distintos métodos de producción, cuando esa única diferencia no tiene impacto alguno en las características físicas del producto final. En este caso particular, los biocombustibles que se distinguen sólo sobre la base de los criterios de sostenibilidad relacionados con la tierra serían similares. La diferencia en la naturaleza de la tierra no tiene efecto en las características físicas del biocombustible final.

El término incondicional se ha interpretado como sin condición alguna¹⁷. Bajo la directiva de la EU, que un biocombustible cumpla con los criterios de sostenibilidad relacionados con la tierra dependerá de la situación de cada país, y por las características de cada país es probable que la medida esté dirigida a ciertas naciones. Esto hecho hará a la medida indirectamente condicional al origen. Cabe resaltar que los biocombustibles producidos por los miembros de la OMC que utilizan materiales de un clima tropical y poseen un paisaje con alta biodiversidad (en su mayoría países en desarrollo) no serían propensos a satisfacer los criterios de sostenibilidad relacionados con la tierra. Por cierto, estos son los países que pueden tener una ventaja comparativa en las materias primas para la producción de biocombustibles (Mitchell, A; Tan, C., 2002).

Si se supone que la directiva sobre energías renovables de la UE es incompatible con el GATT, la aplicabilidad de la excepción del Artículo XX del GATT dependería de un examen legal en dos niveles: en primer lugar, si la medida se ajusta el lenguaje de los párrafos (b) o (g), y, en segundo término, si la medida se aplica de conformidad con el *chapeau*, que prohíbe la “discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones” y “restricción encubierta al comercio internacional”¹⁸.

Dada la interpretación extensiva que se le ha dado al Artículo XX del GATT (b) y (g) en la jurisprudencia sobre todo en *Estados Unidos-Camarones*¹⁹²² y *Brasil-Neumáticos recauchutados*²⁰²³, lo más probable es que la directiva de la EU satisficiera el primer paso del examen. Sin embargo, la prueba más

17 OMC, *European Communities-Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246, PR.

18 Informe del órgano de apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/ABR, párrafo 22 and ABR, *Estados Unidos-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/ABR, párrafos 119-120.

19 OMC. *Estados Unidos-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58.

20 OMC. *Brasil-Medidas que afectan las importaciones de neumáticos recauchutados*, WTO/DS332.

difícil sería determinar si la directiva cumple los requisitos del preámbulo, el cual exige información sobre la aplicación efectiva de la directiva, ya que el *chapeau* se centra en cómo la medida es aplicada y administrada²¹.

El programa de crédito fiscal de producción o PTC (*Production Tax Credit*) de Estados Unidos apoya a las energías renovables en el ámbito federal, aunque las respalda desde varias instancias: créditos fiscales a la inversión, préstamos y subvenciones²².

Los PTC están regulados en la Sección 45 del *Internal Revenue Code* (IRC), en la que se describen los incentivos de PTC para energía eólica, biomasa, geotérmica, biogás, basura, energía hidroeléctrica calificada y proyectos marinos y cinéticos para generar electricidad. Las políticas de los PTC tienen el objetivo de proporcionar incentivos para proyectos de electricidad, para la cual otorgan un crédito fiscal por cada kilovatio de electricidad producida por un proyecto calificado en los primeros diez años de operación. En la actualidad, el crédito fiscal para los proyectos eólicos es de 2,2 centavos de dólar por kilovatio-hora.

Bajo el PTC, se reduce el impuesto sobre la renta federal a propietarios de proyectos de energía renovable frente a los de electricidad, cuando venden a terceros. Está casi siempre disponible a proyectos enfocados a la producción o venta de energía a partir de determinados tipos de tecnologías renovables, sobre todo biomasa y geotérmica.

Vale la pena destacar que ninguno de estos programas impone requisitos sobre contenido local utilizado en proyectos de energía renovable, que pudiera ser violatorio de las disposiciones del GATT. Sin embargo, se podría argumentar que los PTC son subvenciones, no prohibidas por que no dependen de exportaciones o contenido local, pero sí subvenciones recurribles bajo el SMC.

Para ser una subvención recurrible, se tiene que establecer primero que el PTC es una subvención en virtud del Artículo 1 del SMC. Además, para ser recurrible, la subvención debe causar un efecto adverso a la luz del Artículo 5 del SMC.

21 Informe del órgano de apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/ABR, párrafo 23.

22 Un resumen de estos programas puede verse en: CUNNINGHAM, L., ROBERTS, B. *Renewable Energy and Energy Efficiency Incentives: A Summary of Federal Programs*, Congressional Research Service Report, March 22, 2011.

De acuerdo con el Artículo 1 del SMC, se considerará que la subvención existe si hay una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un miembro. De acuerdo con el Artículo 1.1 (1) (a) (iii) del SMC, existe una contribución financiera de los ingresos del gobierno cuando este sea condonado o no recaudado. Está claro que los CTP son créditos fiscales (impuestos) que de otra manera habrían tenido que ser erogados para incentivar la producción de energías renovables.

Además, una subvención será recurrible en virtud del SMC cuando ésta produzca efectos desfavorables para los intereses de otros miembros de acuerdo con el Artículo 5 del SMC. Los efectos adversos existirán cuando el uso de la subvención causa daño a la producción nacional de otro miembro, anule o menoscabe ventajas resultantes de manera directa o indirecta a otros miembros en virtud del GATT. Es un hecho indiscutible, por ejemplo, que los incentivos establecidos para los proyectos eólicos han beneficiado a la industria nacional de Estados Unidos. Así, la correlación entre el crecimiento de la industria nacional de turbinas eólicas en Estados Unidos y el PTC pueden interpretarse como causantes de daño a la rama de fabricación de aerogeneradores fuera de este país.

LA GENERACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES EN AMÉRICA LATINA

¿Podrá América Latina extraer algunas lecciones de los programas de apoyo a las energías renovables implementados en otros países, en especial en el contexto de su compatibilidad con las normas de la OMC? ¿La experiencia de otros países podrá ser una guía sobre lo que debe y no debe hacerse? Estos cuestionamientos son relevantes ya que la intervención de los Estados, mediante apoyos de todo tipo a energías renovables, está creando fricciones entre socios comerciales, porque se considera que esos apoyos podrían afectar a las industrias nacionales.

De acuerdo con datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Argentina y Colombia son los únicos países latinoamericanos que figuran entre los principales productores de bioetanol y biodiesel del mundo. Desde 2000, la producción de biocombustibles en el mundo ha crecido a un ritmo anual de 10%, lo que da un total de 90.187 millones de litros en 2010. De ese total, 82% corresponde a bioetanol y 18% a biodiesel. Brasil es el segundo productor de bioetanol del mundo, con 33,2% de par-

participación en el mercado, detrás de Estados Unidos, responsable de 54,7% de la producción mundial. Colombia, en tanto, figura en el décimo lugar de países productores, con 0,4%. Argentina es el segundo productor mundial de biodiesel, con 13,1% del mercado, también después de Estados Unidos, que lidera con 14,3%. Brasil se ubica en quinto lugar con 9,7% de participación.

Hoy, la mayor parte de los países del mundo, incluso los de América Latina, poseen algún tipo de política o instrumento para fomentar el desarrollo de las diferentes formas de biocombustibles. Al respecto, en un estudio del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), se ha señalado que la transición de una economía de carbón hacia una economía verde requiere grandes inversiones que implican modificar patrones de producción y consumo, así como la intervención directa del Estado, en la que las políticas públicas juegan un papel muy importante. Este informe además identifica tres instrumentos de políticas que se han utilizado para apoyar el desarrollo de energías renovables en el mundo y que los países de América Latina y el Caribe podrían adoptar:

- Políticas regulatorias que se apoyan en instrumentos como precios de garantía o asignación de participaciones de mercado a través de cuotas o mandatos del gobierno.

- Políticas fiscales mediante incentivos o subsidios con el objetivo de reducir los costos y mejorar la competitividad.

- Financiamientos directos del gobierno mediante préstamos con tasas subsidiadas, subvenciones o licitaciones públicas que privilegien el uso de energías renovables.

Por su parte, REN 21 en su reporte de 2013 sobre energías renovables (*Renewables 2013 Global Status Report*) indica que 17 países de América Latina y el Caribe utilizan algún tipo de política para apoyar la generación de energías renovables, para lo cual han implementado en total 61 medidas. Además, se señala que las medidas más utilizadas son: incentivos fiscales (30), políticas regulatorias (17) y financiamientos públicos (14). Las políticas públicas específicas más utilizadas por los 17 países en cuestión son las siguientes:

- Impositiva: a través de reducciones en impuestos a las compras, energía, IVA u otros impuestos. Es utilizada por 12 países de América Latina y el Caribe.

- Créditos fiscales a la inversión o producción y licitaciones públicas competitivas, aplicado por nueve países cada una.

– Tarifas de alimentación a la red eléctrica, aplicadas en ocho países.

Argentina tiene el liderazgo, al aplicar siete de los doce instrumentos analizados, seguido por Perú con seis y El Salvador con cinco. En términos generales, la media de la región es de cuatro instrumentos por país. Sin embargo, aún existen varios instrumentos regulatorios que han sido poco explorados dentro de la región, por ejemplo, los mandatos y obligaciones para el uso de energías renovables en calefacción y los certificados negociables de energías renovables. Adicionalmente, las normas de cartera de renovables o cuotas de renovables (es decir, la regulación que exige que un porcentaje mínimo de venta o capacidad instalada sea proporcionado por energías renovables) y mediciones de la red en la actualidad son poco utilizados, dado que únicamente dos países (Chile y Uruguay) utilizan el primer instrumento y otros dos (México y Guatemala) el segundo. En el caso de Barbados, Cuba, Grenada, Guayana, Haití, Jamaica, Paraguay, Surinam y Venezuela, no han registrado ninguna medida de este tipo.

Dado que América Latina cuenta con insumos en el sector energético para avanzar hacia el objetivo de una economía verde, y como además se requiere la intervención directa del Estado a través de una serie de políticas públicas que faciliten e incentiven la transición, resulta relevante anotar las lecciones que los países de América Latina tendrán que tener en cuenta al formular estas políticas, en el contexto de las normas de la OMC:

– Los programas que implican requisitos de contenido local, aunque seguidos por muchos países como una estrategia para promover la industria nacional, resultan en una clara violación de las normas de la OMC. Una violación del Artículo III del GATT y del Artículo 3.1 (b) del SMC es normalmente más fácil de establecer y la excepción general del artículo XX del GATT también sería una defensa débil, debido al carácter discriminatorio del programa.

– Si bien la elaboración de un programa de energías renovables debe tener como requisito previo ser *prima facie* compatible con las normas de la OMC, deberá ponerse especial atención en la implementación del programa, ya que muchas veces, aunque el objetivo de la medida sea legítimo, su aplicación podría traer como consecuencia tratos discriminatorios y por lo tanto ilegales. Para este propósito, la interpretación de las normas en los casos recientes de la OMC podrán ayudar en el diseño de políticas que permitan alcanzar el objetivo de fomentar energías renovables, sin violar las obligaciones internacionales.

– La normativa de la OMC exige un alto grado de transparencia en cuanto a la notificación de subvenciones y medidas adoptadas en el ámbito nacional. Mientras más transparente sea el programa respecto a sus objetivos y a su implementación, mayor será la conciencia que surja en el país y en los otros acerca de los programas apoyados por el gobierno.

– Cuando se trata de la relación comercio-medio ambiente, resulta indispensable que en el diseño de medidas de apoyo a las energías renovables se tomen en cuenta consideraciones no solo políticas y comerciales, sino también investigaciones de expertos en materia de medio ambiente.

– Las lecciones aprendidas del análisis de la compatibilidad de los programas de energías renovables con normas de la OMC deben ser incorporados en el diseño de una estrategia nacional para el establecimiento de programas de energías renovables que sean eficaces pero compatibles con las normas del comercio mundial.

CONSIDERACIONES FINALES

Al pensar en la gobernanza global en el sector energético, existe una preocupación nacional, regional y multilateral por regular el sector, derivada de su carácter esencial para el desarrollo económico y social. Parece ser que consideraciones de mercado han sido las que marcan la pauta para lograr esta regulación y es así que organizaciones internacionales como la OMC ha recogido el tema. Pero, ¿la OMC es el mejor foro para la discusión y la negociación de los principales parámetros de esas normas? Resulta evidente que un adecuado análisis de las reglas de la OMC relevantes para el comercio de energía es fundamental.

Del análisis presentado en este artículo se desprende que numerosos programas de apoyo a energías renovables están resultando incompatibles con los acuerdos de la OMC. Es evidente que, si bien los programas de apoyo a energías renovables son parte de una reacción al problema más amplio de una política de protección del medio ambiente, las normas comerciales no están en sintonía para enfrentar esta situación.

Expertos en la materia han argumentado que las normas actuales de la OMC no abordan las realidades del cambio climático por completo y que hay una necesidad de establecer un acuerdo energético integral al amparo de la OMC (Cottier, *et al.*). No hay duda de que se está visualizando un incremento de las disputas sobre medidas relativas a energías renovables. Hace poco, la

industria de productores de paneles solares estadounidenses ha pedido a su gobierno que imponga medidas *antidumping* contra China; el representante comercial de Estados Unidos ha presentado una acusación contra el fondo especial de China para la fabricación de energía del viento por la práctica de medidas comerciales discriminatorias; además, China acaba de concluir una investigación preliminar en contra de los programas de apoyo a energías renovables en el ámbito estatal de Estados Unidos.

Como consecuencia de estas diferencias comerciales, resulta indiscutible que algo tendrá que ocurrir en el tratamiento dentro de las reglas del comercio internacional. Los obstáculos encontrados en los programas de energías renovables y las fallas del mercado podrán desaparecer o en todo caso disminuir, pero no será ya tiempo de reajustar las normas comerciales internacionales por unas tal vez más permisivas. Porque si las tendencias se confirman, habrá una mayor producción y comercio de energías renovables y por lo tanto mayores disputas comerciales.

América Latina enfrenta hoy una compleja batalla por conciliar sus requisitos energéticos en rápido aumento con la necesidad de combatir el cambio climático, por lo que ha surgido la necesidad de empezar a regular la producción de energía y, en especial, a implementar políticas de apoyo a la generación de energías renovables.

Las normas actuales de la OMC tienen el potencial de disciplinar y limitar los mecanismos de apoyo a energías renovables, lo cual genera conflictos con la práctica general de los países para alcanzar los objetivos de protección del medio ambiente y fomentar el sector de las energías renovables. La solución podría ser la reforma de las normas actuales o mediante una interpretación más creativa de las normas comerciales existentes. Ambas propuestas no parecen ser tareas fáciles.

BIBLIOGRAFÍA

CEPAL (2010). *Estudio regional sobre economía de los biocombustibles 2010: temas clave para los países de América Latina y el Caribe*.

CEPR (2010). *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Edited by Joost Pauwelyn. Centre for Trade and Economic Integration, Graduate Institute of International and Development Studies. Disponible en: <http://www.cepr.org/press/CTEI-CEPR.pdf>.

- COTTIER, T, *et al.* (2010). *Towards a WTO Framework Agreement on Trade in Energy*, Background Note for the Second Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL).
- COTTIER, T. *et al.*, *Energy in WTO Law and Policy*, Working paper, Individual Project n.º 6, 2009.
- COSSY, M. (2010). *Energy Transport and Transit in the WTO*. En *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, J PAUWELYN (editor).
- CUNNINGHAM, L., ROBERTS, B. (2011). *Renewable Energy and Energy Efficiency Incentives: A Summary of Federal Programs*, Congressional Research Service Report, March 22, 2011.
- MANSILLA, D. (2011). *Integración Energética y Recursos Naturales en América Latina*, La revista del CCC, n.º 11, Buenos Aires.
- MARCEAU, G. (2009). *The WTO in the emerging energy governance debate*, Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment, Conference Draft.
- MITCHELL, A., TAN, C. *The Consistency of the EU RE Directive with the WTO Agreements*, Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper n.º 148549, October 2009.
- REN 21, *Renewables 2013 Global Status Report*, France, 2013.
- RENEWABLE ENERGY (2013). *United Nations Environmental Programme*.
- ROESSLER, F. (1997). *GATT and Access to Supplies*, Journal of World Trade Law 9: 25-27.
- RUIZ, C. (2006). *Cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe*, CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura, n.º 106.
- SELA (2012). *La visión de la economía verde en América Latina y el Caribe*.
- SELIVANOVA, Y. (2007). *The WTO and Energy: WTO Rules and Agreements of Relevance to the Energy Sector*, ICTSD Trade and Sustainable Energy Series Issue Paper n.º 1, International Centre for Trade and Sustainable Development, Ginebra, Suiza.
- TREBILCOCK, M, HOWSE, R, ELIASON, A. (2012). *The Regulation of International Trade*, (4th Edition). New York: Routledge.
- UNCTAD (2000). *Trade Agreements, Petroleum and Energy Policies*, UNCTAD/ITC/TSB/9. United Nations. New York, U.S. Geneva, Switzerland.

WORLD ENERGY COUNCIL (2008). *Regional Energy Integration in Latin America and the Caribbean Executive Summary*.

YANOVICH, A. (2011). *WTO Rules and the Energy Sector*, en Yulia Selivanova (editora), *Regulation of Energy in International Trade Law*, Global Trade Law Series, Wolters Kluwer.

LAINA PEREIRA MAIA *
ANDREAS R. ZIEGLER **

*El rol de las instituciones financieras
en la promoción del desarrollo sostenible*

RESUMEN

Las conexiones entre inversiones internacionales y desarrollo son conocidas y apuntadas por varios instrumentos internacionales como la Agenda 21. El presente artículo busca discutir el rol de las instituciones financieras en la promoción del desarrollo sostenible. El grupo del Banco Mundial creó un marco en sostenibilidad para orientar a sus clientes en la conducción de sus negocios de manera sostenible. Con relación al sector financiero privado, las Normas de desempeño sobre sostenibilidad social y ambiental de la corporación financiera internacional y las Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad del grupo del Banco Mundial, parte del marco del Banco Mundial, inspiraron la creación de los Principios de Ecuador (PE), un marco voluntario de gestión del riesgo de crédito aplicado por instituciones financieras privadas para promover la financiación de proyectos sostenibles de manera responsable. En el caso de Latinoamérica, la creciente influencia ejercida por Brasil, las intenciones de financiación de proyectos en países latinoamericanos y africanos del gobierno brasileño por medio de su banco de desarrollo y el reciente anuncio de la creación de un banco de desarrollo internacional por parte de los BRICS evidencian la necesidad de profundizar las discusiones acerca del tema.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional de las inversiones, desarrollo, instituciones financieras, relaciones económicas, Latinoamérica, Brasil.

* Consultora de la unidad especial de productos de base de la Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y desarrollo (CNUCED). Consultora de la División de Inversión y Empresa de la CNUCED. Cuenta con una maestría en Derecho Económico de la Universidad Federal de Paraíba, Brasil. Es máster en derecho de la Unión Europea, en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Es doctoranda en Derecho Internacional de la Universidad de Lausana, Suiza.

** Catedrático de Derecho y Director del Programa de LLM en Derecho Económico y Comercial Internacional y Europeo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lausana (Suiza). Profesor asociado de la Facultad de Derecho de Nueva Gales del Sur (Australia). Profesor visitante permanente del Instituto Suizo Federal de Tecnología (ETH) de Zúrich y de la Universidad de St. Gallen (Suiza). Presidente de la Asociación de Derecho Internacional (ILA), Suiza.

INTRODUCCIÓN

La reciente crisis internacional introdujo un profundo cambio en las relaciones internacionales tradicionales, lo que posibilitó la emergencia de países como Brasil y China como potencias mundiales. Desde la perspectiva de las inversiones internacionales, los países en desarrollo, que históricamente eran destinos de inversiones directas, pasaron a invertir en otras economías, y los países desarrollados ahora también buscan atraer inversiones extranjeras directas para estimular sus economías, afectadas por la crisis. En 2012, por primera vez en la historia, el flujo de las inversiones directas hacia países en desarrollo superó el flujo hacia países desarrollados.

Entre los países en desarrollo y en transición, Latinoamérica fue el segundo principal destino de inversiones extranjeras directas IED. En la región, Sudamérica sigue siendo el principal receptor de estos flujos en razón de las expectativas de crecimiento económico del subcontinente. El acceso al mercado sudamericano y el aumento persistente de los precios de las *commodities* están entre las principales causas del interés de los inversores. Brasil es el principal destino de las IED, al ocupar la cuarta posición mundial (CNUCED, 2013).

Las IED pueden jugar un rol muy importante en la consecución de los objetivos de desarrollo del milenio (ODM) y en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) en países en desarrollo, al constituir una fuente esencial de capital en estos países, con lo que suplen parte de sus deficiencias en recursos y/o tecnología necesarios para generar niveles básicos de infraestructura para promover el desarrollo de sus economías, con la consecuente mejoría de las condiciones de vida de sus poblaciones.

Sin embargo, no existe ninguna fórmula mágica para garantizar que las IED van a promover el desarrollo sostenible, este depende también de otros factores como políticas públicas, regulación, ambiente institucional, nivel de desarrollo técnico y humano del país receptor e interacciones entre actores económicos (Gallagher, K. P. y Zarsky, L., 2005). A partir de este último punto, el rol de las instituciones financieras para promover el desarrollo sostenible todavía no está bien delimitado.

Así, lo que se busca es explorar este tópico y promover la discusión sobre las conexiones entre inversiones extranjeras, instituciones financieras y desarrollo sostenible. El primer capítulo elabora algunas consideraciones acerca de la integración de temas del desarrollo sostenible, como aspectos

ambientales, sociales y de gobernanza, a las inversiones extranjeras directas. En el segundo capítulo serán exploradas las conexiones entre las actividades de las instituciones financieras y el desarrollo sostenible, con énfasis en la financiación de proyectos, apuntando a iniciativas de promoción de inversiones socialmente responsables y financiación de proyectos sostenibles, como los Principios de Ecuador. El tercer capítulo se discute de manera breve la actuación del Banco Nacional de Desarrollo de Brasil (BNDES por su sigla en portugués), en razón de la creciente influencia ejercida por Brasil y las intenciones de financiación de proyectos en países latinoamericanos y africanos por parte del gobierno brasileño por medio del BNDES. En conclusión, el presente artículo discute la necesidad de integrar el desarrollo sostenible a las actividades de las instituciones financieras.

LA INTEGRACIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS AL DESARROLLO SOSTENIBLE

El concepto de desarrollo comprende transformaciones estructurales relacionadas con aspectos económicos, sociales y ambientales, sin restringirse al crecimiento económico, o sea, el aumento del producto total generado por una economía. En este proceso, el capital es uno de los factores esenciales para la promoción del crecimiento económico y/o desarrollo. Su papel es todavía más importante en países en vías de desarrollo que no disponen de los recursos y/o tecnología necesarios para generar niveles básicos de infraestructura para promover el desarrollo de sus economías, con la consecuente mejoría de las condiciones de vida de sus poblaciones. Las inversiones extranjeras constituyen una fuente esencial de capital en estos países, lo que suple en parte las deficiencias de estos países.

El consenso internacional acerca de la importancia de las inversiones internacionales para la promoción del desarrollo sostenible se evidenció en el Programa 21, a través del apartado 2.23:

La inversión es indispensable para que los países en desarrollo logren el crecimiento económico necesario para mejorar el bienestar de su población y atender a sus necesidades básicas en forma sostenible, sin deteriorar o agotar la base de recursos que sustenta el desarrollo. El desarrollo sostenible exige mayores inversiones, para las que se necesitan recursos financieros internos y externos. La inversión privada extranjera y el regreso del capital expatriado, que dependen de un clima de inversión favorable, son una fuente importante de recursos financieros.

Las directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa del Banco Mundial también apuntan al rol de las inversiones extranjeras directas para el desarrollo:

La existencia de mayores corrientes de inversión extranjera directa reporta importantes beneficios a la economía mundial y a las economías de los países en desarrollo en particular, en términos del aumento de la eficiencia a largo plazo del país receptor a través de la mayor competencia, transferencia de capital, tecnología y conocimientos de gestión gerencial y mejoramiento del acceso al mercado y en términos de la expansión del comercio internacional.

El Consenso de Monterrey y el plan de implementación de Johannesburgo, adoptados durante la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002, mencionan la importancia de los IED para el desarrollo sostenible (Newcombe, 2017). Las sesiones del grupo de trabajo abierto sobre los objetivos de desarrollo sostenible también reforzaron la necesidad de inversiones y alianzas entre el sector público y privado para alcanzar las metas de desarrollo. El grupo también ha discutido el papel de la agricultura sostenible para la erradicación de la pobreza en los países en desarrollo.

Lyuba Zarsky (2005) apunta que la emergencia de la discusión sobre la gobernanza de las inversiones internacionales y su conexión con el desarrollo sostenible en la década de 1990 tuvo dos razones principales: el aumento del flujo de inversiones internacionales privadas y los esfuerzos de los gobiernos para crear reglas de inversiones supranacionales.

Para los países en desarrollo, las expectativas se centraban en un aumento de la renta *per cápita* y de los ingresos fiscales generado por el crecimiento de la actividad económica resultante del mayor volumen de inversiones extranjeras, transferencia de tecnología limpia y eficiencia por parte de las empresas transnacionales que operaban en el país. El efecto total sería el aumento de la renta *per cápita* de la población, más recursos disponibles para políticas públicas destinadas a la promoción del desarrollo, la adopción de tecnologías más limpias también por parte de las empresas nacionales, con lo que se mejoraría el índice de desempeño ambiental y la eficiencia de la industria nacional y se posibilitaría su integración al mercado global.

Los esfuerzos gubernamentales por establecer un marco de regulación sobre las inversiones internacionales tenían por objetivo la protección de las empresas transnacionales que buscaban expandir sus actividades, concentradas en países desarrollados, a países en desarrollo, al reducir los

costos de la expansión global de estas empresas y al ofrecer garantías contra inestabilidad financiera y la expropiación directa o indirecta, en oposición a la doctrina Calvo.

Los intentos de crear un sistema multilateral de reglas para las inversiones fracasaron en Naciones Unidas (ONU), en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y en la Organización Mundial del Comercio (OMC) a causa de las críticas y la oposición de activistas, intelectuales, movimientos antiglobalización y gobiernos de países en desarrollo (Gallagher *et al.*, 2007). Asimismo, no hay evidencia concreta de que las inversiones extranjeras promueven de manera automática el desarrollo sostenible o el crecimiento económico.

Los estudios económicos hasta la fecha apuntan a que los potenciales efectos positivos de las inversiones extranjeras estarían relacionados con otros factores como políticas públicas en países en desarrollo, regulación, ambiente institucional, nivel de desarrollo técnico y humano del país receptor, interacciones entre actores económicos, etc. (Gallagher y Zarsky, 2005). Pero, asimismo, diversos países en desarrollo, aconsejados por organizaciones internacionales, emprendieron reformas internas para liberalizar sus economías con el objetivo de atraer un mayor flujo de inversiones extranjeras directas (Zarsky, 2005). Otra medida adoptada por estos países consiste en la celebración de tratados bilaterales de inversiones, pero tampoco hay evidencia empírica conclusiva que compruebe la influencia de los tratados bilaterales de inversiones sobre el flujo de inversiones internacionales o sobre la promoción del desarrollo sostenible (Von Moltke *et al.*).

La efectiva promoción del desarrollo sostenible requiere un marco jurídico internacional sobre inversiones que proporcione mayor equilibrio entre inversores y bienes públicos (Von Moltke, 2005), desde mecanismos de solución de conflictos más equilibrados, pasando por políticas nacionales de promoción del desarrollo hacia acuerdos internacionales sobre inversiones (AIIS) más balanceados.

Los AIIS deben establecer el desarrollo sostenible como su objetivo principal, de esta manera condicionan la interpretación del tratado a los principios concernientes al desarrollo sostenible. Otro aspecto importante es el equilibrio entre la soberanía del Estado, lo que posibilita la adopción e implementación de políticas públicas que permitan la promoción del desarrollo y la protección de los derechos de los inversores en el texto del tratado. Cabe destacar también la necesidad de mecanismos efectivos de imposición

de protección de derechos humanos y ambientales como la responsabilidad internacional de los inversores bajo las reglas del tratado y la responsabilidad del Estado receptor y del inversor, por ejemplo (Mayeda, 2012).

LA INTEGRACIÓN DE INSTITUCIONES FINANCIERAS AL DESARROLLO SOSTENIBLE

La globalización cambió la estructura de las relaciones internacionales, lo que estableció en los países relaciones de interdependencia mundial y demandó el desarrollo de reglas para coordinar la intensificación de las relaciones económicas entre ellos. Además, estas relaciones constituyen un importante instrumento de promoción del desarrollo mundial, al incluir a diversos actores públicos y privados, como los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas privadas, las instituciones financieras, etc. Dada esta diversidad de actores, algunos gobiernos y organizaciones internacionales han elaborado directrices voluntarias para el sector privado, financiero y los Estados, con el objetivo de fomentar la promoción del desarrollo sostenible, por ejemplo, las directrices de la OCDE para empresas multinacionales, las directrices sobre derechos humanos en las empresas, los principios voluntarios sobre seguridad y derechos humanos para el sector extractivo y energético, el pacto mundial, etcétera (Subedi, 2012).

Sin embargo, las conexiones entre las actividades del sector financiero y sus impactos sobre el desarrollo muchas veces no es evidente en razón de la naturaleza de los servicios ofrecidos por estas instituciones, que en ocasiones funcionan como intermediarios en los negocios. De acuerdo con lo anterior, el concepto de desarrollo comprende transformaciones estructurales relacionadas con aspectos económicos, sociales y ambientales, y para que estas ocurran hace falta la provisión de capital, dado que, en general, los actores económicos no disponen de la totalidad de los fondos necesarios para financiar sus actividades, las que pueden generar impactos positivos o negativos para el desarrollo de una sociedad¹.

La relación entre los servicios financieros y los impactos sobre el desarrollo se configura de manera indirecta casi siempre. No obstante, la

1 Instituto Danés de Derechos Humanos, *Values Added: the Challenge of Integrating Human Rights into the Financial Sector*, 2010, p. 11. Disponible en: http://www.humanrightsbusiness.org/files/Country%20Portal/values_added_report__dihr.pdf

variedad de servicios ofrecidos por estas instituciones es bastante diversa, lo que dificulta la percepción de las conexiones entre productos financieros y desarrollo sostenible. Entre las iniciativas más visibles del sector, se pueden citar las iniciativas de inversiones éticas, la financiación de proyectos y las microfinanzas (Dowell-Jones, 2013).

Las inversiones socialmente responsables reconocen la potencialidad de los servicios financieros en generar impactos positivos o negativos para el desarrollo sostenible a partir de la conexión entre estos servicios y la sociedad y el medioambiente, considerando elementos de sostenibilidad social y objetivos ambientales de largo plazo en el proceso de toma de decisiones. El movimiento tiene su origen en la década de 1970, con activistas *antiapartheid* que abogaban, junto con compañías e inversores, por la no invertir en empresas que operaban en Sudáfrica. La iniciativa resultó en un código de conducta para empresas con operaciones en Sudáfrica: los principios globales de Sullivan. Los activistas también ejercieron presión sobre inversores institucionales para no invertir en compañías sudafricanas.

En la actualidad, el movimiento considera otros riesgos como posibles impactos negativos sobre el medio ambiente, los derechos humanos y sociales de los trabajadores y de las comunidades locales y busca integrar estos derechos en el proceso de análisis y toma de decisiones. Agencias de las Naciones Unidas, instituciones de derechos humanos y el sector financiero soportan estas iniciativas, por ejemplo, los principios para la inversión responsable de Naciones Unidas (UNPRI por su sigla en inglés), la iniciativa financiera del programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (UNEP FI por su sigla en inglés), la iniciativa mundial para la elaboración de informes y los principios de Ecuador.

En cuanto a la financiación de proyectos en países en desarrollo, la mayor parte de los recursos se destina a los sectores extractivos, como crudo, gas y minería; y a los sectores de infraestructura, como energía y telecomunicaciones (Duffey y Grieg-Gran, 2011). En 2012, el sector extractivo ha atraído grandes volúmenes de IED a Sudamérica y es uno de los principales responsables del buen desempeño de la región en la atracción de IED en este período. Además, las proyecciones para los años siguientes incluyen mayores inversiones en el sector.

Las actividades de extracción son en general operadas por empresas transnacionales y envuelven complejos acuerdos contractuales que pueden, incluso, interferir en las políticas públicas de desarrollo según las condiciones

establecidas en los AIIIS existentes entre los Estados y el balance de poderes entre el Estado receptor del proyecto y los inversores extranjeros. Las instituciones financieras, a través de la integración de factores de sostenibilidad en la financiación de proyectos, pueden equilibrar las relaciones entre Estados e inversores, contribuyendo en la efectiva promoción del desarrollo sostenible (Duffey y Grieg-Gran, 2011).

Los Principios de Ecuador son una serie de reglas para el sector financiero privado para promover la inclusión del análisis y evaluación de impactos y riesgos sociales y ambientales en la financiación de proyectos. Las directrices voluntarias fueron adoptadas en 2003 por diez instituciones, en 2006 y 2013 fueron revisadas, con lo que en la actualidad se cuenta con 78 instituciones financieras signatarias en todo el mundo, once de ellas son de Latinoamérica: Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Caixa Econômica Federal, Banco Pine S.A., Itau Unibanco S.A., CORPBANCA, Bancolombia S.A., CIFI, Banco de Crédito de Perú y Banco de la República Oriental de Uruguay².

Los principios se basan en la política de sostenibilidad de la Corporación Financiera Internacional (CFI), la institución del Grupo del Banco Mundial que se dedica a la inversión del sector privado. Los proyectos financiados y asesorados por esas instituciones deben considerar factores de sostenibilidad como cambio climático, preservación de la biodiversidad, respeto a los derechos humanos, etc., a la par que deben evitar o aminorar los posibles impactos negativos sobre las comunidades, los ecosistemas y el clima siempre que posible³.

La tercera versión de los Principios de Ecuador, lanzada el 4 de julio de 2013, alarga el área de aplicación de los principios a la financiación de proyectos y servicios de asesoría a la financiación de proyectos con un costo de capital de US\$10 millones o más, préstamos corporativos relacionados con proyectos, que incluyen créditos a exportaciones, y créditos a corto plazo. Los cambios incluyen más transparencia e información acerca del proceso de implementación de los principios entre los miembros, la inclusión de los derechos humanos en el proceso de evaluación y, en el preámbulo, la

2 Equator Principles, “Members & Reporting”. Disponible en: <http://www.equator-principles.com/index.php/members-reporting>.

3 Equator Principles, “Preamble”, *The Equator Principles III - 2013*, Disponible en: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_iii.pdf

obtención del consentimiento previo de las comunidades en algunas circunstancias, que es una referencia a los “Principios rectores sobre las empresas y derechos humanos: puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”⁴.

Aun con la introducción de estos cambios, las críticas presentadas con anterioridad persisten, como la ausencia de mecanismos de fortalecimiento de los derechos de las comunidades, puesto que estas no son sujetos de derechos y por lo tanto no pueden invocar los principios para defender sus intereses; ausencia de mecanismos de monitoreo y evaluación de las fases de ejecución del proyecto y ausencia de mecanismos de configuración de la responsabilidad en caso de la no observancia de los principios⁵.

En el caso de bancos internacionales de desarrollo, Narula (2013) apunta a que las obligaciones y responsabilidades de estas instituciones deben ser analizadas bajo la perspectiva de las obligaciones internacionales de los Estados con relación a derechos humanos, ambientales, sociales, económicos y culturales, puesto que las decisiones de los Estados miembros afectarán las políticas de estas instituciones y, en consecuencia, las políticas económicas de otros Estados. Ya los bancos de desarrollo nacionales con actividades internacionales están sujetos a la legislación nacional e internacional aceptada por sus Estados originarios, en sus operaciones internas y externas.

UN BREVE ANÁLISIS ACERCA DEL BNDES Y SUS ACTIVIDADES

El Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) fue creado en 1952 mediante la Ley 1628 y buscaba asegurar la financiación de la economía industrial y urbana que resultaría en el desarrollo de Brasil, de acuerdo con el gobierno vigente. En 1982, su área de competencia fue ampliada para permitir la financiación de programas sociales. El banco puede ser considerado como uno de los resultados del trabajo de la comisión mixta Brasil-Estados Unidos, que buscaba identificar los principales obstáculos al crecimiento económico brasileño y ofrecer soluciones. La comisión observó que las

4 Equator Principles, “The Equator Principles III – 2013”. Disponible en: <http://www.equator-principles.com/index.php/ep3>

5 Bank Track, *Tiny Steps Forward on the Outside Job: Comments on the Equator Principles III Official First Draft*, (2012) pp.3-12.

dificultades de financiación eran la principal causa de la infraestructura deficiente del país. Así, los dos países concordaron en ofrecer los recursos necesarios: el gobierno brasileño tendría acceso a una determinada cantidad de crédito internacional si pudiera financiar en el ámbito interno con sus propios recursos el mismo monto. El BNDES fue creado para gestionar el crédito total levantado en las instancias interna y externa para direccionar las inversiones a los sectores considerados estratégicos para el crecimiento del país (Schapiro, 2009). Sus funciones consistían en elaborar proyectos para obtener financiación, recibir y administrar recursos públicos y foráneos (Vianna, 2007).

Desde 1930, un Estado fuerte y la industrialización formaban la base del modelo de desarrollo adoptado por los gobiernos brasileños. Las políticas públicas determinaban que el modelo de industrialización para la sustitución de importaciones sería financiado por fondos públicos, ya que los bancos públicos operaban como agentes financieros, dado que el mercado privado no disponía de los fondos necesarios para la financiación y tampoco financiaría los grandes proyectos de infraestructura, esenciales para el desarrollo nacional. De 1950 a 1980, las actividades del BNDES estaban direccionadas por los objetivos establecidos por el gobierno, considerado el principal agente del desarrollo (Schapiro, 2010).

En 1971, la Ley 5662 del 21 de junio determinaba que el banco era el principal instrumento de ejecución de la política pública de inversiones con el objetivo de financiar programas, proyectos y servicios relacionados con el desarrollo económico y social. La ley no especifica otros objetivos, con lo que permite una gran autonomía de las actividades del BNDES y la determinación de políticas por parte del gobierno. Cabe resaltar que este nivel de autonomía es compatible con el régimen dictatorial vigente en el país en 1971, pero no es coherente con el actual régimen del Estado de derecho establecido desde 1988 por la actual Constitución Federal.

Los bancos de desarrollo son instituciones financieras públicas responsables de fortalecer la estructura de capital del mercado de crédito, para ello suplen sus fallos y financian proyectos de inversión a largo plazo (Armen-dáriz de Aghion, 1999). Sus fondos son financiados por los gobiernos y las cuentas de ahorro obligatorias, con lo que se reducen los costos de capital y se permite la aplicación de bajas tasas de interés sobre los préstamos. En el caso de Brasil, los fondos del BNDES son financiados por ganancias retenidas, emisiones de bonos, deudas de los organismos multilaterales, transferencias

del Tesoro, transferencias de fondos de ahorro obligatorio de los trabajadores y depósitos no convencionales del gobierno (Lazzarini, Musacchio, Bandeira-de-Mello, Marcon, 2011).

Los aspectos técnicos de los bancos de inversiones han sido incorporados por diversas transformaciones, que iniciaron en 1989 con la creación del área de análisis de crédito y la adopción de sistemas de análisis de riesgos de crédito. La financiación de proyectos se basa en criterios de consistencia económicos-financieros como la capacidad de pago de los prestadores, el riesgo del crédito, etc. Los altos márgenes de beneficios y la cartera de préstamos actuales sugieren que el BNDES presenta más características de una institución financiera de inversiones que de una agencia de desarrollo (Schapiro, 2010).

Además, Lazzarini (2011) apunta a que entre 2002 y 2009 el BNDES en apariencia seleccionó a compañías con buen desempeño y a donantes de campañas electorales, con lo que se ilustra una tendencia a garantizar recursos con base en criterios políticos y técnicos. Esta selección no implica la financiación de malos proyectos con consecuencias negativas para los márgenes de beneficios del BNDES sino la asignación de recursos a empresas conectadas políticamente con el gobierno, eso sí con bajas tasas de interés, antes que a proyectos con altas tasas de retorno social, lo que acaba por generar impactos reducidos en la economía brasileña en términos de formación de capital y eficiencia.

En la actualidad, las áreas prioritarias del BNDES son los sectores de infraestructura e inversiones en bienes de capital; promoción de las exportaciones; políticas industriales, tecnológicas, agrícolas y sociales; ayuda a las micro, pequeñas y medianas empresas; desarrollo regional; desarrollo del mercado de capitales; comercio internacional; integración sudamericana y competencia e inserción internacional del sector privado brasileño⁶.

El banco afirma que:

Para la concesión de apoyo financiero, se observadas las legislaciones aplicables; la política de responsabilidad social y ambiental del beneficiario; la regularidad ambiental; el riesgo ambiental de la empresa; además de prácticas socioambientales que eleven el nivel de competitividad de las organizaciones y de los sectores

6 BNDES, Áreas de atuação, Disponible en: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atuacao/

económicos y contribuyan a la mejora de indicadores sociales y ambientales no sólo de las empresas, sino también del país⁷.

Por lo tanto, el BNDES utiliza los siguientes instrumentos para promover su política socioambiental:

- Productos, líneas, programas y fondos reembolsables y no reembolsables para apoyo financiero a iniciativas e inversiones en medio ambiente y en desarrollo social y regional.
- Resoluciones sectoriales, políticas específicas y otras normativas.
- Guías socioambientales internas, metodologías de evaluación de beneficiarios, de evaluación de riesgo de crédito y de monitoreo y evaluación de impacto de las empresas apoyadas.
- Procedimientos internos de evaluación de riesgo y de análisis social y ambiental de beneficiarios y de empresas proponentes para apoyo financiero.

Como parte de la política de internacionalización del sector privado brasileño y de promoción de las exportaciones, el gobierno brasileño está negociando la creación de líneas de crédito basadas en sistemas de *countertrade*, establecidas a través de acuerdos bilaterales de cooperación económica. El caso más notable es la línea de crédito entre Brasil y Angola, creada en 1983, que hasta 2012 solo había beneficiado a once compañías brasileñas⁸ y, entre ellas, empresas que se encontraban bajo investigación de la policía federal brasileña por blanqueamiento de capitales, corrupción y sobrefacturación (Jupiara, 2011). Además, en el caso del acuerdo energético entre Brasil y Perú, la obligación de consultas previas a las comunidades indígenas locales tampoco ha sido observada⁹. En apariencia, la política socioambiental del BNDES ha fallado en integrar de manera efectiva a su actuación internacional los criterios de sostenibilidad ya descritos.

7 BNDES, *Responsabilidad socioambiental*. Disponible en: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_es/Institucional/Responsabilidade_Socioambiental/politica_ambiental.html

8 BNDES, [Email] 10 junio de 2012, Río de Janeiro [para] L.P. Maia, São Paulo, *Solicita informação sobre linha de crédito entre Brasil e Angola financiada pelo BNDES*.

9 Plataforma BNDES “Indígenas revelam arbitrariedades no acordo energético Brasil-Peru”, 27 Mars 2012. Disponible en: <http://www.plataformabndes.org.br/site/index.php/noticias/31-destaque/301-entrevista-com-organizacao-peruana-ashaninka-que-pede-na-justica-o-fim-do-acordo-com-o-brasil>

CONSIDERACIONES FINALES

Las IED tienen el potencial de fomentar o perjudicar el desarrollo sostenible. El marco jurídico de inversiones internacionales, en constante desarrollo, puede ejercer un papel esencial para potenciar los beneficios resultantes del aumento de las inversiones extranjeras. Entre tanto, el actual sistema no ha logrado abordar de forma efectiva las cuestiones relativas a la promoción del desarrollo sostenible en el ámbito mundial. La estructura tradicional de los AHS preserva el desequilibrio entre las partes, puesto que impone demasiadas obligaciones a los países receptores de inversiones, lo que perjudica su soberanía y la promoción de políticas de desarrollo, además de no establecer obligaciones a los inversores privados e imponer mecanismos de arreglo de diferencias inapropiados para alcanzar soluciones que propongan beneficios o disminuyan los perjuicios para las dos partes.

Conforme ha quedado demostrado en las líneas anteriores, las instituciones financieras pueden ejercer un importante rol en la integración de factores de sostenibilidad a partir de la financiación de proyectos condicionados, lo que propicia alcanzar un sistema más justo, coherente, estable y sostenible para los inversores, para los Estados y para la sociedad. Estas instituciones pueden constituirse en un importante aliado para la promoción del desarrollo mundial, en especial junto a los países en desarrollo más vulnerables. Algunas iniciativas de responsabilidad social fueron adoptadas por el sector financiero, como los Principios de Ecuador, pero su efectividad todavía es cuestionable.

En el caso de Latinoamérica, las crecientes inversiones en el sector extractivo y las políticas de incentivo del gobierno brasileño a la internacionalización de su sector privado financiado por el BNDES evidencian la necesidad de integrar elementos de sostenibilidad a las actividades de las instituciones financieras como instrumento para reforzar el desarrollo sostenible.

No obstante, las decisiones de inversiones del BNDES todavía son direccionadas principalmente por factores políticos y técnicos en detrimento de factores sociales y ambientales. En la promoción de las exportaciones a través de líneas de crédito, por ejemplo, la línea de crédito entre Brasil y Angola, el BNDES no ha considerado factores de sostenibilidad en la concesión de los pagos, así que beneficia solo a pocas empresas, entre ellas, empresas sospechosas de corrupción y blanqueamiento de capitales.

En cuanto al acuerdo entre Brasil y Perú para la construcción de hidroeléctricas en el territorio peruano, las comunidades indígenas de la región tampoco fueron consultadas con antelación. Por fin, la reciente creación del banco de desarrollo de los BRICS hace serios cuestionamientos acerca del tipo de desarrollo promovido por la institución.

BIBLIOGRAFÍA

- BANCO MUNDIAL (1992). *Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa*. En SHIHATA, Ibrahim F.I. (1993) *Legal Treatment of Foreign Investment: the World Bank Guidelines* Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., COSBEY, A, JOHNSON, L., VIS-DUNBAR, D. (2012), *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and Answers*. Winnipeg: IISD.
- CNUCED (2013). *World Investment Report 2013 Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. United Nations Publications.
- DOWELL-JONES, M. “Financial Institutions and Human Rights”, *Human Rights Law Review* 13:3(2013), 423-468, p. 424.
- DUFFEY, A. M. GRIEG-GRAN (2011). “Linkages between Project Finance and Sustainable Development”, in LEADER, S. y ONG, D. (ed.), *Global Project Finance, human rights and sustainable development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GALLAGHER, K. P. ZARSKY, L. (2005) “No Miracle Drug: Foreign Direct Investment and Sustainable Development”. In ZARSKY L. *International investment for sustainable development: balancing rights and rewards*. London: Earthscan.
- JOHNSON, L., D. VIS-DUNBAR (2011). *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and Answers*. (Winnipeg: IISD, 2012). Asif Qureshi and Andreas R. Ziegler, London: International Economic Law.
- LAZZARINI, S.G., MUSACCHIO, R. BANDEIRA-DE-MELLO, R. MARCON, (2011). What Do Development Banks Do? Evidence from Brazil, 2002-2009, *Working Paper, Harvard Business School* (2011), p. 27. Disponible en: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-047.pdf>.
- MAYEDA, G. (2012). “Sustainable International Investment Agreement: challenges and solutions for developing countries”. In M.C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, A. P.

- NEWCOMBE, A. (2007). "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, p. 357.
- NEWCOMBE, *Sustainable Development in World Investment Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- OTAVIO, C. A. JUPIARA (2011). 'Negócios de Valdomiro Minoru misturam o público e o privado', *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 nov 2011. Disponible en: <http://oglobo.globo.com/pais/negocios-de-valdomiro-minoru-misturam-publico-o-privado-3475547>.
- PLATAFORMA BNDES (2012). "Índigenas revelam arbitrariedades no acordo energético Brasil-Peru", 27 Mars 2012. Disponible en: <http://www.plataformabndes.org.br/site/index.php/noticias/31-destaque/301-entrevista-com-organizacao-peruana-ashaninka-que-pede-na-justica-o-fim-do-acordo-com-o-brasil>.
- PROGRAMA 21 (1992). Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible, Informe de la CNUMAD, vol. U.N. GAOR, 46a Sess., Agenda Item 21, UN Doc A/Conf.151/6/Rev.31 I.L.M. 874, parágrafo 2.23.
- SCHAPIRO, M. G. (2009). *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento*, Tesis doctoral. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- SUBEDI, S. P. (2012). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principles*, Oxford: Hart Publishin.
- VIANNA, S. (2007). *Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil: Considerações sobre a construção interrompida*, Tesis doctoral. Rio de Janeiro: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro.
- VON MOLTKE, K. (2005). "The Environment and the Principle of Non-discrimination in Investment Regimes: International and Domestic Institutions", in L. ZARSKY, *International investment for sustainable development: balancing rights and rewards*. London: Earthscan.
- ZARSKY, L. (2005). *International investment for sustainable development: balancing rights and rewards*. London: Earthscan.

GABRIEL GARI*

*Controles de capital y disciplinas
comerciales en América Latina*

RESUMEN

El artículo examina el margen de acción del que disponen algunos países de América Latina para restringir el ingreso masivo de capitales a corto plazo en el marco de sus obligaciones derivadas del Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Los resultados indican que varios de los controles de capital analizados contravienen disciplinas del AGCS y no encuentran una justificación posible en ninguna de las excepciones previstas por el acuerdo. La propuesta es ampliar la discreción de los miembros del acuerdo para aplicar restricciones a las transferencias de capital, pero con sujeción a la supervisión del Fondo Monetario Internacional. La propuesta de reglamentación supervisada tiene la ventaja de ampliar el margen de acción necesario para aplicar esas restricciones, pero bajo la atenta supervisión de un organismo multilateral que tiene dentro de sus cometidos el deber de mantener la estabilidad monetaria internacional y facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, y que por lo tanto promueve la adopción de políticas que son coherentes, no sólo con los intereses del país receptor, sino también con los de la comunidad internacional. La propuesta apunta a un sistema de gobernanza de las relaciones económicas internacionales más coherente, basado en más y mejor cooperación entre la OMC y el FMI.

INTRODUCCIÓN

El ingreso masivo de capitales a corto plazo puede afectar la estabilidad macroeconómica y financiera del país receptor¹. Por su parte, el AGCS ha venido operando en un contexto económico caracterizado por la gran vo-

* Senior Lecturer in International Economic Law, Queen Mary, University of London (g.gari@qmul.ac.uk). El autor agradece los comentarios de Manuel Monteagudo Valdez y demás participantes de la Segunda Conferencia de la Red Latino Americana de Derecho Económico Internacional celebrada en Lima, el 28 y 29 de octubre del 2013.

1 Del punto de vista macroeconómico, el ingreso masivo de capitales a corto plazo puede conducir a una apreciación excesiva del tipo de cambio, lo que debilita la competitividad externa e interna; a generar inflación y a recalentar la economía. Del punto de vista de la estabilidad financiera, puede generar un *boom* crediticio que incentive al endeudamiento excesivo en moneda extranjera, lo que crea burbujas financieras propensas a estallar en caso de que el ingreso de capitales se revierta. Para una explicación más detallada, ver: BIS, *Capital flows and emerging market economies* (CGFS Papers n.º 33, 2009), pp. 25-26.

latitud de los movimientos de capital a corto plazo. El período previo a la eclosión de la crisis financiera de 2008 fue particularmente beneficioso para las economías emergentes en términos de acceso a financiamiento externo. Pero los efectos inmediatos de la crisis, incluidos un aumento en la aversión al riesgo internacional, los esfuerzos de las instituciones financieras de los países desarrollados para aumentar la liquidez o apuntalar sus balances y la alta volatilidad de la moneda contribuyeron a una severa contracción de los flujos de capital desde las economías desarrolladas hacia las economías emergentes (Jara, Moreno y Tovar, 2009). Sin embargo, una vez pasó lo peor de la crisis, la combinación de bajas tasas de interés en el norte, destinadas a reactivar el crecimiento económico, junto a altas tasas de crecimiento en el sur, volvió a motivar una afluencia masiva de capitales desde los países desarrollados hacia las economías emergentes².

En América Latina, varios países preocupados por los riesgos macroeconómicos y financieros asociados con los ingresos masivos de capital a corto plazo, adoptaron una serie de controles destinados a restringirlos. Sin embargo, medidas en apariencia razonables para garantizar la estabilidad macroeconómica y financiera podrían ir en contravía de las disciplinas incluidas en el AGCS, destinadas a facilitar las transferencias de capital.

En el aspecto doctrinario, hay quienes sostienen que las excepciones previstas en el acuerdo confieren a los miembros un margen de acción suficiente para aplicar controles al ingreso de capitales (Siegel, 2002), mientras que otros sostienen lo contrario (Lupo Pasini, 2012). Incluso entre los miembros de la OMC existe incertidumbre en la materia. De hecho, en el seno del comité sobre el comercio de servicios financieros, Ecuador³ y Barbados⁴ han planteado una serie de interrogantes sobre el tema, el cual ha sido tratado en reiteradas oportunidades sin que sus miembros logren llegar a posiciones consensuales al respecto⁵.

El tema tiene una enorme relevancia práctica. La falta de claridad sobre el margen de acción para adoptar medidas con efectos restrictivos sobre la

2 BIS, *Annual Report* (2010), p. 47.

3 Comunicación de Ecuador, *Propuesta para discutir los avances en materia de regulación macroprudencial y su relación con la normativa del AGCS*, S/FIN/W/84 (26/06/12).

4 Comunicación de Barbados, *Unintended consequences of remedial measures taken to correct the global financial crisis... Implications for WTO*. Compliance JOB/SERV/38 (18/02/11).

5 Ver minutas de la reunión del Comité sobre el Comercio de Servicios Financieros celebradas el 27/06/12 (S/FIN/M/74) y el 5/12/12 (S/FIN/M/75).

transferencia de capitales es un tema serio. En primer lugar, porque puede inhibir a los organismos competentes de adoptar las medidas necesarias para garantizar la estabilidad monetaria, cambiaria y financiera en el país receptor (Von Bogandy y Windsor, 2008). En segundo lugar, porque genera un contexto desfavorable para la negociación de compromisos específicos destinados a lograr una liberalización progresiva del comercio de servicios, como lo pretende el acuerdo. Si bien todavía no hay jurisprudencia sobre el tema, ya se ha registrado una disputa relacionada con restricciones a las transferencias de capital⁶.

En este contexto, se plantea la necesidad de especificar el alcance de las disciplinas del AGCS destinadas a facilitar la transferencia de capitales, así como de las excepciones incluidas en el acuerdo, a efecto de poder determinar con claridad el margen de acción del que disponen los miembros para aplicar controles al ingreso masivo y repentino de capitales a corto plazo. Precisamente, el propósito de este artículo consiste en examinar la compatibilidad de una serie de controles al ingreso de capitales adoptados por algunos países de América Latina, con los compromisos específicos asumidos por esos Estados en el marco del AGCS. Sobre la base de los resultados encontrados, se evalúa el margen de acción que poseen los miembros para enfrentar los vaivenes de los movimientos de capital a corto plazo y se aportan algunas sugerencias para enfrentar los desafíos derivados de la liberalización comercial, la apertura de la cuenta de capitales y la necesidad de mantener la estabilidad macroeconómica y financiera en el contexto de una economía global cada vez más interdependiente.

CONTROLES DE CAPITAL

Esta expresión se utiliza para referirse a medidas oficiales destinadas a influir sobre el movimiento transfronterizo de capital, sin embargo, no hay un consenso sobre el rango exacto de medidas abarcadas por esa expresión. Para algunos, los controles de capital sólo incluyen aquellas medidas gubernamentales que de manera expresa limitan los derechos de los residentes o

6 *Argentina-Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*. Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Panamá (WT/DS453/4, 14/05/13). El reclamo cuestiona la compatibilidad de algunas medidas tributarias adoptadas por Argentina, con varias disciplinas del AGCS y las disciplinas sobre pagos y transferencias internacionales previstas en el Art. XI:1.

no residentes para hacer transacciones de capital o para efectuar los pagos y transferencias con ellas relacionados, como requisitos de autorización, límites cuantitativos o prohibiciones absolutas de las transacciones de capital (Ostry *et al.*, 2011). Para otros, los controles de capital abarcan aquellas medidas que discriminan en función del lugar de residencia y las que sin discriminar en función del lugar de residencia también influyen sobre los flujos de capital, como algunos requisitos prudenciales aplicables en función de la moneda de la transacción y otras medidas como períodos mínimos de retención que también alcanzan al sector no financiero⁷.

En cualquier caso, el significado legal de la expresión controles de capital sólo puede determinarse en función del contexto, del objeto y del fin del acuerdo que la contiene. Por ejemplo, el significado legal de la expresión “restricciones a la libertad de circulación de capitales”, utilizada en el Código de Liberalización de los Movimientos de Capital de la OCDE⁸, no es sustituible por los términos “control de las transferencias de capital” utilizados en el Convenio Constitutivo del FM, o los términos “restricciones a las transacciones de capital” empleados por el AGCS.

TIPOS DE CONTROLES DE CAPITAL

Los controles al ingreso de capitales suelen agruparse en medidas administrativas (requisitos de autorización, tiempo mínimo de inversión, límites cuantitativos o prohibiciones absolutas) y medidas que buscan desalentar la entrada de capitales, lo que incrementa su costo o disminuye el retorno de la inversión (impuestos o constitución de fondos no remunerados). En cuanto a su ámbito de aplicación, los controles pueden aplicarse a todo tipo de capitales o sólo a capitales específicos (instrumentos de deuda a corto plazo en moneda extranjera). Asimismo, pueden aplicarse a todas las personas físicas y jurídicas o sólo a las instituciones financieras. Del mismo modo, los controles se pueden aplicar de forma temporal, como las medidas contracíclicas, o de forma permanente. A continuación se presentan algunos

7 G20 Coherent Conclusions for the Management of Capital Flows Drawing on Country Experiences as endorsed by G20 Finance Ministers and Central Bank Governors (October, 2011).

8 Art. 1, Código de Liberalización del Movimiento de Capitales de la OCDE.

ejemplos de controles al ingreso de capitales adoptados en tiempos recientes por algunos países de América Latina⁹.

La estrategia de Colombia para frenar el ingreso de capitales (y la consecuente caída del dólar) incluyó la imposición de un 50% de la operación¹⁰, así como el establecimiento de un tiempo mínimo de permanencia de dos años para la inversión extranjera directa (IED)¹¹.

En el caso argentino, se destacan los controles adoptados en el Decreto 616/2005 aplicados a los créditos otorgados por no residentes a residentes: un plazo mínimo de endeudamiento no inferior a 365 días (artículo 2, decretos 616/2005) y la constitución de un depósito no remunerado a 365 días, equivalente a 30% de la operación (artículos 3 y 4, decretos 616/2005). Según los considerandos del decreto, la adopción de éstos está motivada por la necesidad de mantener la estabilidad y recuperación económica logradas frente a la afluencia de capitales externos, fruto de la mayor confianza generalizada en la evolución futura de la economía (decretos 616/2005).

En el caso de Costa Rica, el poder ejecutivo remitió a la asamblea legislativa un proyecto de ley para desincentivar el ingreso de capitales externos, mediante el cual se faculta a la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, cada vez que se presente un desequilibrio en la economía nacional producto de la entrada de capitales del exterior, a: requerir la constitución de depósitos obligatorios no remunerados por un monto equivalente de hasta 25% de los fondos provenientes de clientes no residentes destinados a ser invertidos en el mercado local, y a incrementar las tasas de todos aquellos impuestos que gravan los rendimientos financieros y las remesas derivadas de rendimientos financieros, sobre sujetos no residentes, hasta en 30 puntos porcentuales sobre las tasas ordinaria¹². La exposición de motivos del proyecto legislativo hace referencia a la necesidad de combatir el ingreso

9 Cabe señalar que no se pretende presentar una sinopsis completa de la normativa sobre los controles de capital, sino más bien ofrecer ejemplos de controles, pasados, presentes y futuros que den una idea sobre las características de la práctica normativa en esta materia. De hecho, se incluyen algunas medidas que ya han sido derogadas, así como proyectos de ley que aún no han sido aprobados.

10 Artículo 29, Decretos 2080/2000 de acuerdo con la versión dispuesta por el Artículo 2, Decretos 1888/2008, 30/05/08, derogada por Decretos. 4800/2010 del 29 de diciembre de 2010.

11 Artículo 10, Decr. 2080/2000 de acuerdo con la versión dispuesta por el Artículo 1 Decretos 1888/2008, 30/05/08, derogada por el decreto 3264 de 1 de septiembre 2008, artículo 4.

12 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley para desincentivar el ingreso de capitales externos*, expediente No. 18685, Dictamen afirmativo de mayoría, 27 de febrero de 2013.

masivo de capitales externos al país que no buscan inserción en el sector productivo, sino solo la obtención de los altos rendimientos financieros que ofrece el país, con el riesgo de los desequilibrios económicos que esto genera.

El Banco Central del Uruguay (BCU) también optó por requerir la constitución de fondos no remunerados por un monto no inferior a 50% de la inversión, para desalentar el ingreso de capitales a corto plazo, aunque en este caso el requerimiento está restringido a las inversiones por parte de no residentes en títulos públicos en moneda nacional emitidos por el BCU (Circular BCU - n.º 2.145, 7/06/13). En los fundamentos para la adopción de la medida, el BCU se refiere a la necesidad de controlar los ingresos de capitales a corto plazo en virtud del desafío que éstos plantean para el manejo de la estabilidad macroeconómica doméstica, en particular, una presión a la valorización de la moneda local, sin que ello implique cambios en los fundamentos de largo plazo que la justifiquen¹³.

Otro control de uso muy común son los encajes bancarios sobre operaciones de endeudamiento externo. En este caso, es más complicado identificar un motivo claro e inequívoco para la adopción de esta medida. En principio, los encajes bancarios cumplen una función prudencial para prevenir el riesgo de iliquidez de las entidades financieras. Sin embargo, también son utilizados como una herramienta de control monetario, mediante la cual se busca aumentar o disminuir la cantidad de dinero que circula en la economía. Por ejemplo, en abril de 2011, el Banco Central de Costa Rica resolvió aplicar el encaje mínimo legal a los pasivos externos de corto plazo (Acta de la sesión BCCR 5496-2011, celebrada el 27 de abril de 2011). Los fundamentos de la decisión se refieren a la necesidad de mejorar el control monetario mediante la limitación de los medios de pago y la disminución de la volatilidad de los flujos de capital que ingresan al país por períodos cortos, ya que estos flujos tienen efectos nocivos sobre la estabilidad del sistema financiero, los mercados de dinero y la determinación de las tasas de interés¹⁴.

13 Comunicado de Prensa BCU, Fondos inmovilizados para incremento de tenencia de títulos del Banco Central por no residentes (Montevideo, 15 de agosto de 2012).

14 En los fundamentos se reconoce que la aplicación del encaje mínimo legal y la reserva de liquidez pueden tener implicaciones directas sobre el costo de intermediación financiera y efectos colaterales sobre las utilidades de los intermediarios financieros. Sin embargo, se considera que son mayores los beneficios directos derivados de un control monetario más efectivo y de la menor volatilidad de los flujos de capital de corto plazo, en tanto facilitan un entorno más favorable para el cumplimiento de sus metas inflacionarias, en beneficio de la población en general.

Finalmente, otros países han optado por adoptar tributos que gravan los pagos y transferencias internacionales o las transacciones subyacentes. Al igual que con los encajes bancarios, no resulta sencillo identificar un motivo claro e inequívoco para la adopción de los tributos, ya que éstos pueden adoptarse por una variedad de razones que incluyen, entre otras, el deseo de desalentar las inversiones externas a corto plazo, razones prudenciales, motivos destinados a impulsar determinadas políticas de desarrollo o simplemente asuntos fiscales. Un caso típico es el impuesto a las operaciones financieras adoptado por Brasil (Decreto 6306, del 14/12/07 y sus modificaciones). El tributo grava una gran variedad de operaciones financieras y alcanza a instituciones financieras y no financieras, y la ley autoriza al Poder Ejecutivo a modificar las tasas del impuesto dentro de ciertos límites legales, en función de los objetivos de la política monetaria y fiscal. La administración ha utilizado este tributo en numerosas oportunidades para frenar la apreciación del real.

Por su parte, Ecuador adoptó un impuesto a la salida de divisas (ISD) que grava la transferencia, envío o traslado de divisas que se efectúen al exterior, sea en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, retiros o pagos de cualquier naturaleza (Ley reformativa para la equidad tributaria del Ecuador, 29/12/07). El ISD debe ser pagado por todas las personas naturales, sucesiones indivisas, y sociedades privadas, nacionales y extranjeras, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. El impuesto se paga sobre el valor de todas las operaciones y transacciones monetarias que se realicen en el exterior, con o sin intervención de las instituciones del sistema financiero. La tarifa del impuesto a la salida de divisas es 5%.

El gobierno ecuatoriano enumera una variedad de razones que motivaron la adopción de este tributo. Por un lado, se establece que “el impuesto a la salida de divisas cumple una función macroeconómica, al promover que las divisas provenientes de la actividad económica se inviertan en el país. Con el incremento de su tarifa se contribuye al modelo económico de desarrollo hacia adentro emprendido por el gobierno nacional y se penaliza la entrada de capitales especulativos”¹⁵. Al mismo tiempo, el ISD cumple un rol macroeconómico, al penalizar la salida de capitales “golondrina” y

15 Servicio de Rentas Interna (2012). *Una nueva política fiscal para el buen vivir. La equidad como soporte del pacto fiscal*, p. 298.

posibilita que las divisas provenientes de la actividad económica se inviertan en territorio nacional”.

IMPACTO DE LOS CONTROLES DE CAPITAL

Si bien los controles de capital pueden contribuir a mantener la estabilidad macroeconómica y financiera del país receptor, también pueden ocasionar daños a la economía global. El FMI ha advertido sobre las tres principales distorsiones que podría ocasionar el uso generalizado de restricciones al ingreso de capitales: primero, podrían socavar la asignación eficiente de inversiones entre los países; segundo, el uso extensivo de los controles destinado a impedir la apreciación de monedas subvaluadas, en particular por parte de economías emergentes de gran porte, podría demorar el reequilibrio de la demanda global; por último, la adopción de controles por parte de algunos países puede redirigir los flujos de capital a países con menos capacidad de absorberlos, lo que incrementa las presiones sistémicas y se corre el riesgo de provocar una reacción en cadena que podría dar lugar a una situación de proteccionismo financiero generalizado (Ostry *et al.*, 2010).

ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS

El objetivo del AGCS consiste en “establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio” y no en liberalizar el movimiento transfronterizo de capitales. No obstante, el acuerdo incluye disciplinas que limitan la discrecionalidad de los miembros para adoptar medidas que afecten las transferencias de capital, de acuerdo con las particularidades del comercio de servicios. En efecto, a pesar del creciente número de servicios que pueden ser suministrados a distancia, todavía hay algunos que, debido a limitaciones tecnológicas o motivos comerciales, sólo pueden ser suministrados a través de la presencia comercial del proveedor extranjero en el territorio donde se encuentra el consumidor¹⁶.

16 La Secretaría de la OMC ha estimado el porcentaje del comercio de servicios por modos de suministro de la siguiente manera: 35% comercio transfronterizo, 10-15% consumo en el extranjero, 50% de presencia comercial y 1-2% mediante el movimiento de personas físicas. Ver OMC (2015). *Estadísticas del comercio internacional*, p. 6.

En estos casos, el proveedor tiene que ingresar su capital al territorio desde donde suministra el servicio. También existen algunos servicios que, aunque pueden suministrarse a distancia, requieren el movimiento transfronterizo de capitales, ya que éste constituye una parte esencial del propio servicio, por ejemplo, la mayoría de los servicios financieros como los servicios de préstamo o de aceptación de depósitos. Habría sido difícil de concebir un acuerdo para liberalizar el comercio de servicios que no limitase en cierta medida la discreción de las partes para regular las transferencias de capital.

El acuerdo proscribía la aplicación de restricciones a las transacciones de capital sólo en aquellos sectores y modos de prestación en los que se hayan contraído compromisos específicos. Los miembros son libres de adoptar controles de capital en los sectores y modos de suministro en los que no hayan contraído compromisos específicos.

Para determinar qué tipo de medidas se consideran una restricción a las transacciones de capital incompatible con los compromisos específicos asumidos, es necesario precisar el significado del término restricción y el grado de liberalización del movimiento de capitales que requieren los compromisos específicos en cuanto a acceso a los mercados y trato nacional.

El AGCS no define el término restricción y, hasta el momento, no ha habido jurisprudencia sobre el Art. XI.2. Sin embargo, el término debería interpretarse en sentido amplio en función de las siguientes consideraciones. En primer lugar, el acuerdo busca alcanzar niveles de liberalización progresivos, mediante la “reducción o eliminación de los efectos desfavorables de las medidas en el comercio de servicios”, como medio de facilitar “un acceso efectivo a los mercados” -. En segundo lugar, el acuerdo se aplica a las medidas que afectan el comercio de servicios y define el término medidas de forma amplia¹⁷. En tercer lugar, la jurisprudencia ha interpretado el término afectar de manera amplia¹⁸. Como resultado, es razonable sugerir que el término restricción debería incluir no sólo aquellas medidas que de manera expresa prohíben las transacciones de capital o los pagos y las

17 Artículo XXVIII (a): medida significa cualquier medida adoptada por un miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.

18 Ver el informe del órgano de apelación, *EC-Bananas*, adoptado el 9 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, par. 220.

transferencias asociados, sino también aquellas que sin llegar a prohibirlas, impongan requisitos demasiado gravosos para efectuarlas.

ACCESO A LOS MERCADOS

La nota correspondiente al Artículo XVI.1 especifica el grado de liberalización del movimiento de capitales que requieren los compromisos específicos de acceso a los mercados en los modos de suministro 1 y 3.

En primer lugar, esa nota dispone que en los casos en que un miembro contraiga un compromiso específico en el Modo 1, y si el movimiento transfronterizo de capital “forma parte esencial” del propio servicio, entonces ese miembro debe comprometerse también a permitir ese movimiento de capital. Todo movimiento de capital sin el cual el servicio no puede ser suministrado, debe considerarse de carácter esencial (Delimatsis y Molinuevo, 2008). Por ejemplo, si un miembro asume un compromiso de acceso a los mercados, con relación al suministro transfronterizo de servicios de préstamo, debe abstenerse de restringir el movimiento de capital mediante el cual el acreedor no residente envía el monto prestado al deudor residente, así como el movimiento de capital mediante el cual el deudor residente retorna el monto prestado al acreedor no residente. Ambas transferencias de capital son esenciales para la prestación del servicio de préstamo y, por lo tanto, el miembro que asumió compromisos específicos en ese sector y ese modo de suministro debe abstenerse de aplicar restricciones a las mismas.

En este sentido, un plazo mínimo a la inversión extranjera no inferior a un año es incompatible con un compromiso específico de acceso a los mercados en el Modo 1 en servicios de préstamo, en la medida en que no permite el movimiento transfronterizo de capital en aquellos casos en que el plazo del préstamo es inferior a doce meses. Por su parte, los controles que no prohíben las transacciones de capital, pero incrementan su costo, como los impuestos o los depósitos obligatorios no remunerados, también podrían constituir una restricción incompatible con los compromisos de acceso al mercado de un miembro, en función de las circunstancias particulares de cada caso.

En segundo lugar, la nota a pie de página dispone que, en los casos en que un miembro contraiga un compromiso en materia de acceso a los mercados en el Modo 3, se compromete al mismo tiempo a permitir “las correspondientes transferencias de capital a su territorio”, es decir, los recursos financieros necesarios para establecer una presencia comercial y

desarrollar su negocio en el territorio del Estado miembro. A diferencia de la obligación anterior, que se aplica de manera exclusiva a aquellos sectores en los cuales el movimiento de capitales es esencial para el suministro del servicio, en este caso, la obligación se extiende a todos aquellos sectores en los que se hayan asumido compromisos de acceso a mercados en el Modo 3.

En el caso de que un miembro haya contraído un compromiso de acceso al mercado en el Modo 3 en servicios de telecomunicaciones básicas y, al mismo tiempo, adopte un impuesto a todo tipo de inversiones de portafolio y préstamos a corto plazo por parte de no residentes, si bien el impuesto no impide al proveedor de telecomunicaciones extranjero ingresar capital para financiar sus actividades en el territorio del miembro, está claro que el impuesto incrementa el costo para financiar su negocio con fuentes externas. Según las circunstancias, este impuesto podría equivaler a una restricción incompatible con el compromiso específico de permitir el acceso al mercado en el sector de telecomunicaciones mediante la presencia comercial del proveedor extranjero en el territorio del miembro. Cualquier tipo de control al ingreso de capitales (impuestos, depósitos obligatorios no remunerados, regulaciones prudenciales discriminatorias, etc.) que alcance transacciones de capital en sectores donde se han contraído compromisos de acceso a mercados en el Modo 3, puede constituir a una restricción incompatible con tales compromisos.

TRATO NACIONAL

La norma de trato nacional obliga a un miembro a otorgar a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro miembro un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares. El ámbito de aplicación de la obligación alcanza a todas las medidas que afecten al suministro de servicios. Como ya se señaló, en algunos sectores, las medidas que restringen el movimiento transfronterizo de capital tienen un impacto negativo sobre el suministro del servicio y, por lo tanto, son alcanzadas por la obligación de trato nacional. En caso de que un miembro adopte controles al ingreso de capitales, estos controles no deberían resultar en un trato menos favorable a servicios o proveedores de servicios de cualquier otro miembro. Si ello sucediera, el control de capital sería inconsistente con los compromisos específicos en materia de trato nacional.

Si un miembro aplica un impuesto a las inversiones de portafolio en títulos de deuda pública nacional por parte de no residentes y además ha contraído un compromiso específico de trato nacional en el Modo 1 en el siguiente sector: servicio de intercambio comercial por cuenta propia o de clientes de los siguientes instrumentos financieros: instrumentos del mercado monetario, divisas, productos derivados, valores transferibles, etc., en este caso, está claro que el impuesto es una medida que afecta el suministro transfronterizo del servicio de intercambio comercial por cuenta propia o de clientes de esos instrumentos financieros; que la medida no se aplica a los proveedores locales de ese servicio y, en consecuencia, la medida otorga un trato menos favorable al proveedor extranjero, lo que es incompatible con el compromiso específico en trato nacional asumido por el miembro. El mismo razonamiento puede aplicarse a otros tipos de controles de capital.

En resumen, si bien el AGCS no tiene por objetivo liberalizar el movimiento transfronterizo de capitales, contiene obligaciones que limitan la discreción de los miembros para restringir las transferencias de capital en determinados sectores y modos de suministro, siempre que se hayan asumido compromisos específicos de acceso a los mercados o trato nacional. Los miembros que no hayan asumido compromisos específicos tienen plena discreción para aplicar controles, sin que ello resulte en una violación de las normas del AGCS. En este sentido, es interesante observar que existen asimetrías importantes en el grado de los compromisos específicos asumidos. Hay miembros pequeños, como Ecuador y Armenia, que gozan de un grado de discreción muy limitado para poner en marcha controles de capital (debido al alto nivel de compromisos específicos asumidos), junto con miembros que en virtud del tamaño de sus economías, por ejemplo, Brasil, India y en menor medida China, tienen una gran importancia para el sistema multilateral del comercio y gozan de un amplio margen de acción para implementar controles (debido al bajo nivel de los compromisos asumidos hasta el momento).

EXCEPCIONES

RESTRICCIONES SOLICITADAS POR EL FMI

El AGCS y el Convenio Constitutivo del FMI proscriben la aplicación de restricciones a los pagos y transferencias internacionales, sin embargo, el

alcance de la obligación prescripta por el AGCS es más amplio que el de la obligación prescripta por el Convenio Constitutivo del FMI. El primero proscribe la aplicación de restricciones a los pagos y transferencias internacionales por transacciones corrientes y a las transacciones de capital de manera incompatible con los compromisos específicos. Por su parte, el Convenio Constitutivo del FMI sólo proscribe la aplicación de restricciones a los pagos y transferencias internacionales por transacciones corrientes. En otras palabras, los miembros del fondo están facultados para ejercer los controles que consideren necesarios para regular los movimientos internacionales de capital, siempre y cuando eviten ejercer estos controles de forma tal que restrinjan los pagos por transacciones corrientes o demoren de manera indebida las transferencias de fondos para liquidar obligaciones.

Dado que la vasta mayoría de los miembros del fondo lo son también del AGCS, éste último incorpora una fórmula para promover la consistencia de derechos y obligaciones entre los miembros de ambas organizaciones. Sin embargo, esa fórmula no contempla el derecho a aplicar restricciones a las transacciones de capital incompatibles con los compromisos específicos, a menos que las restricciones hayan sido solicitadas por el fondo.

El convenio constitutivo dispone que el fondo puede solicitar a un miembro que adopte controles de capital para evitar que los recursos generales del fondo se destinen “para hacer frente a una salida considerable o continua de capital”. Se trata de una excepción que confiere un margen de acción muy limitado para regular el movimiento transfronterizo de capitales, ya que solo justificaría restricciones destinadas a frenar una fuga de capitales, cuya adopción fuese solicitada de manera expresa por el FMI. Al contrario, los controles al movimiento de capitales identificados en este trabajo están destinados a frenar el ingreso de capitales especulativos de corto plazo, de manera que son medidas que no encuadran en el supuesto previsto por el Convenio Constitutivo.

Si se considera su cambio de postura respecto a los controles de capital, no sería descabellado pensar que el fondo pudiera recomendar la aplicación de controles al ingreso de capitales de corto plazo para proteger la estabilidad macroeconómica o financiera del país receptor. Estas recomendaciones podrían sugerirse, por ejemplo, en el marco de la supervisión bilateral o como parte de las condiciones asociadas con la provisión de asistencia financiera. Sin embargo, el país receptor no puede invocar el Artículo XI.2 para justificar restricciones cuya aplicación haya sido simplemente recomendada por

el fondo, pero cuya adopción no genera un vínculo legal obligatorio (Lupo Pasini, 1012).

RESTRICCIONES PARA PROTEGER LA BALANZA DE PAGOS

El Artículo XII permite imponer restricciones a los pagos y transferencias internacionales "... en caso de existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos...".

En términos simplificados, las situaciones de graves dificultades de balanza de pagos pueden resultar de un déficit en la cuenta corriente que no es compensado por un superávit en la cuenta financiera (antes denominada cuenta de capital) o de un déficit de la cuenta de capital que no es compensado por un superávit de la cuenta corriente. La excepción para proteger la balanza de pagos podría invocarse para adoptar restricciones a los pagos y transferencias por transacciones corrientes en el caso de que la causa del problema sea el déficit comercial o para adoptar restricciones a la cuenta financiera en el caso de que la causa del problema sea el déficit de la cuenta financiera.

En cualquiera de los dos casos se trata de restricciones a los egresos de divisas. De manera que esta excepción, al igual que la anterior, tampoco confiere un margen de acción suficiente como para adoptar medidas destinadas a restringir el ingreso de capitales como las medidas identificadas en este trabajo.

Se ha argumentado en favor de una interpretación más moderna del concepto de balanza de pagos que incluya no sólo problemas relacionados con la disminución de las reservas monetarias, sino también con la estabilidad externa (Decisión del Directorio Ejecutivo del FMI sobre supervisión bilateral del 15/06/07), concepto que también incluiría problemas relacionados con la estabilidad en el tipo de cambio y que, por lo tanto, habilitaría la posibilidad de invocar el Artículo XII para justificar restricciones al ingreso de capitales (Lupo Pasini, 2012). Sin embargo, aunque esta interpretación fuese de recibo, no se debe olvidar que el Artículo XII es sumamente preciso en cuanto a las circunstancias en las que se pueden aplicar las restricciones, las condiciones para su aplicación (no discriminatorias, compatibles con el convenio constitutivo del FMI, necesarias y temporales) y los requisitos procesales para su aplicación (notificación al

consejo general y celebración de consultas con el comité de restricciones por balanza de pagos, entre otros).

EXCEPCIÓN PRUDENCIAL

El anexo sobre servicios financieros incluye una excepción destinada a preservar el derecho de los miembros a regular por motivos prudenciales¹⁹, sin embargo, no está claro si esta excepción podría invocarse para justificar la adopción de restricciones a las transacciones de capital de manera incompatible con los compromisos específicos. En el aspecto doctrinario, existen discrepancias al respecto, y en el campo jurisprudencial esta provisión aún no ha sido objeto de interpretación por parte del organismo de solución de diferencias. Sin perjuicio de ello, cabe hacer algunas apreciaciones.

El texto prevé que las medidas que se pretendan justificar al amparo de esta excepción deben ser adoptadas por motivos prudenciales. Aunque el concepto en sí mismo no se define, se incluye una lista enumerativa de motivos que se consideran prudenciales, "... entre ellos, la protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria, o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero". La expresión "entre ellos" deja abierta la posibilidad de invocar otros motivos prudenciales que no están incluidos en la lista mencionada.

A diferencia de las excepciones generales, la excepción prudencial no requiere que la medida en cuestión sea necesaria para alcanzar el fin prudencial. Basta con establecer la existencia de una relación de medio a fin entre la medida y un motivo prudencial para satisfacer las condiciones impuestas para invocar la excepción.

Además, los motivos prudenciales no son un concepto estático sino que evoluciona en función de los cambios de la actividad bancaria, la mayor complejidad de ésta y el desarrollo del sector financiero (Leroux, 2002).

19 Art. 2 a), Anexo sobre servicios financieros. Si bien el texto oficial del acuerdo utiliza la expresión motivos cautelares, se prefiere utilizar la expresión motivos prudenciales por considerarla más ajustada a su significado en inglés (*prudential reasons*), idioma original en el que el texto del acuerdo fue negociado y finalmente redactado. Por otra parte, el término prudencial es el utilizado por la normativa adoptada por los organismos de supervisión de instituciones de intermediación financiera (Ver, por ejemplo, la recopilación de normas de regulación y control del sistema financiero, Circular BCU n.º 2157 del 23 de agosto de 2013).

Prueba de ello son las reformas introducidas como consecuencia de la crisis financiera, destinadas a ampliar el alcance de la supervisión financiera, en la que se hace énfasis en la necesidad de supervisar el comportamiento de los mercados financieros desde una perspectiva macro hasta los efectos de poder identificar lo más rápido posible la acumulación de riesgos que puedan poner en peligro la estabilidad del sistema financiero²⁰.

Sin embargo, de lo expuesto no se desprende que todos los controles de ingreso de capitales puedan justificarse por motivos prudenciales. En primer lugar, el ingreso de capitales no siempre compromete la estabilidad del sistema financiero. Si bien es indudable que existe cierta correlación entre la estabilidad monetaria, cambiaria y financiera, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto (tipo y volumen de capitales que ingresan, canal de entrada, nivel de reservas existentes, índice de precios, solidez del sistema regulatorio financiero, etc.), es posible que el ingreso masivo de capitales provoque una apreciación de la moneda local y/o genere efectos inflacionarios, sin necesidad de comprometer la estabilidad del sistema financiero.

En segundo lugar, el texto del anexo sobre servicios financieros utiliza los términos políticas monetarias o cambiarias y motivos prudenciales de manera separada, de forma que interpretar el significado de esta última expresión de una manera tan amplia que incluya a los propósitos monetarios o cambiarios sería incompatible con el principio de efectividad en la interpretación de los tratados.

En tercer lugar, no deben subestimarse las dificultades inherentes a la identificación del propósito de una medida concreta. De hecho, una misma medida puede perseguir varios objetivos al mismo tiempo²¹ e incluso puede suceder que los objetivos para mantener una medida se modifiquen con el paso del tiempo²². En este sentido, el órgano de apelación ha señalado que para establecer el propósito de una medida es necesario llevar adelante un

20 OMC, Nota de Antecedentes de la Secretaría, 'Servicios Financieros' (S/FIN/W/73, 2010), pág. 131-133; BIS, CGFS Paper n.º 38 - Macro-prudential instruments and frameworks: a stocktaking of issues and experiences, 2011, y Macro prudential policy: an organising framework (IMF, 2011).

21 Ver los encajes bancarios adoptados por el Banco Central de Costa Rica, el impuesto a las operaciones financieras adoptado por Brasil y el impuesto a la salida de divisas adoptado por Ecuador.

22 Por ejemplo, si bien en su origen la creación de un impuesto a las transacciones financieras puede perseguir un motivo prudencial, con el paso del tiempo, pasados los riesgos prudenciales, podría suceder que el tributo se mantuviese por razones fiscales.

análisis comprensivo y objetivo de la estructura y la aplicación de la medida teniendo presente todos los hechos y circunstancias relevantes de cada caso en concreto²³. Corresponde entonces considerar no sólo los motivos subjetivos expresados por el organismo que adopta la medida, sino también otros factores como la naturaleza del órgano que adopta la medida, su ámbito de aplicación, su carácter neutro o discriminatorio, su duración en el tiempo, etcétera.

Algunos factores que sugieren que el control de capitales es adoptado por motivos prudenciales, incluyen, por ejemplo, el hecho de que la medida sea adoptada por el órgano responsable de la supervisión financiera y se aplique de manera exclusiva a instituciones financieras y a ciertos flujos de capital (como deudas a corto plazo en moneda extranjera), para mitigar un riesgo prudencial identificable, por un período de tiempo determinado. Al contrario, cuando se trata de restricciones de carácter administrativo, que se aplican de forma indiscriminada a todo tipo de capital y que no tienen un carácter contracíclico, es más difícil inferir un motivo prudencial (Olivier *et al.*, 2012).

Finalmente, aun en aquellos casos en que existe una relación clara e inequívoca entre la medida y un motivo prudencial, la invocación de la excepción está sujeta a una limitante, esto es, la medida en cuestión no se puede utilizar "...como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el miembro en el marco del acuerdo".

En todo caso, cabe aclarar que la excepción prudencial se encuentra en el anexo sobre servicios financieros, cuyo ámbito de aplicación está limitado a "las medidas que afecten el suministro de servicios financieros". De manera que sólo puede invocarse para justificar restricciones a transacciones de capital que afecten el comercio de servicios financieros, pero no para justificar restricciones que afecten el comercio de servicios en sectores no financieros.

ACTIVIDADES REALIZADAS EN PROSECUCIÓN DE POLÍTICAS MONETARIAS O CAMBIARIAS

El AGCS no se aplica a "los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales". En el anexo sobre servicios financieros se especifica que

23 Reporte del órgano de apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas*, adoptado 4 de octubre de 1996, WT/DS11/AB/R, p. 28.

los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales incluyen, entre otras, a “las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria o por cualquier otra entidad pública en prosecución de políticas monetarias o cambiarias”. De manera que todo lo que se considere parte de las actividades ejecutadas por un banco central en prosecución de políticas monetarias o cambiarias queda fuera del alcance del acuerdo.

Parte de la doctrina ha interpretado el significado del término actividades de forma amplia, ya que incluye actividades propiamente dichas como las operaciones de mercado abierto, los servicios permanentes prestados a las instituciones bancarias y las intervenciones en el mercado de divisas, así como cualquier otro tipo de medida adoptada por un banco central o autoridad monetaria con fines monetarios (Lehmann *et al.*, 2003). Si esa interpretación fuese correcta, algunas de las medidas relevadas en este trabajo, que persiguen un fin de política monetaria como los depósitos obligatorios no remunerados o los encajes marginales sobre obligaciones en moneda extranjera con no residentes, quedarían al margen de la aplicación del acuerdo.

Sin embargo, si se toma en cuenta el sentido corriente del término y su contexto parecería que el término actividades se refiere de manera exclusiva a una serie de servicios financieros que pueda prestar el banco central, mas no a las regulaciones que éste pudiera adoptar en el ejercicio de sus funciones. En efecto, el artículo 1b) del anexo sobre servicios financieros enumera tres tipos de actividades que deben considerarse como “servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”, que son efecto servicios. Por otro lado, no parece sencillo conciliar una interpretación que conduce a excluir todo tipo de medidas de política monetaria del ámbito de aplicación del acuerdo, con el objetivo de alcanzar “niveles cada vez más elevados de liberalización del comercio de servicios”.

En virtud de lo expuesto, se tiene coincidencia en una parte de la doctrina que sostiene que sólo aquellas actividades ejercidas por el banco central que en sí mismas son servicios financieros quedan excluidas del ámbito de aplicación del AGCS, mientras que aquellas otras medidas de política monetaria que no consisten en el suministro de un servicio quedan sujetas a las disciplinas del AGCS (Lupo Pasini, 2012).

En definitiva, en un contexto caracterizado por la gran volatilidad de los movimientos de capital a corto plazo, el AGCS no provee un margen de acción suficiente para adoptar varios de los controles al ingreso de capitales mencionados en este trabajo.

ALTERNATIVAS POSIBLES

INACCIÓN

La opción de no hacer nada y dejar las cosas como están tiene varias desventajas y ninguna ventaja evidente. En primer lugar, la inacción no aporta soluciones para resolver un problema que ha venido para quedarse. En un contexto caracterizado por la creciente interdependencia de los mercados financieros, interconectados por medio de transacciones cada vez más complejas, donde resulta cada vez más difícil identificar y supervisar los riesgos derivados de las mismas, es razonable suponer que continuará habiendo vaivenes importantes en los movimientos de capital a corto plazo, con el consabido impacto de los mismos sobre la estabilidad macroeconómica y financiera del país receptor.

En segundo lugar, la inacción no contribuye de manera alguna a disipar la incertidumbre que reina en la actualidad en círculos especializados sobre el margen de acción para restringir las transferencias de capital en el marco del AGCS. Como ya se mencionó, tal incertidumbre repercute de forma negativa sobre la liberalización del comercio de servicios, pues crea un contexto desfavorable para la negociación de compromisos específicos, y sobre la regulación de los mercados financieros, en la medida que podría inhibir a los reguladores de adoptar aquellas medidas necesarias para mantener la estabilidad monetaria, cambiaria y/o financiera, por temor a violar las disciplinas del acuerdo. Finalmente, la inacción en un contexto de incertidumbre deja abierto el camino para iniciar disputas dirigidas a cuestionar la compatibilidad de los controles sobre los movimientos transfronterizos de capital con las disciplinas sobre pagos y transferencias internacionales, con las desventajas ya conocidas que supone dejar en manos del sistema de solución de controversias la tarea de resolver las ambigüedades y lagunas de los acuerdos multilaterales del comercio en temas de particular sensibilidad para los intereses de los miembros (Jackson, 1998).

REGLAMENTACIÓN NACIONAL

Una segunda alternativa para resolver la situación planteada, podría consistir en reformar el acuerdo y otorgar a los miembros la potestad de aplicar restricciones sobre los movimientos transfronterizos de capital, aun en los

sectores en que se hayan contraído compromisos específicos y a pesar del hecho de que el movimiento transfronterizo de capital forme parte esencial del propio servicio, de manera que se puedan alcanzar los objetivos de política monetaria, cambiaria y prudencial que correspondan.

En este sentido, una hipótesis mínima de reforma podría consistir en la adopción de una interpretación oficial de la excepción prudencial por parte de la conferencia ministerial, en la que se estableciera con claridad que el derecho a adoptar medidas “para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero” incluye el derecho a adoptar medidas por razones de política monetaria o cambiaria, destinadas a restringir el ingreso masivo de capitales a corto plazo (Artículo IX:2, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio). Una hipótesis máxima de reforma podría consistir en la inclusión de una cláusula independiente de la excepción prudencial destinada a preservar el derecho de los miembros a adoptar medidas contrarias a las disposiciones del acuerdo por razones de política monetaria o cambiaria. Cabe destacar que en el ámbito regional existen varios acuerdos comerciales que incluyen cláusulas de este tipo (por ejemplo, el Artículo 12:10 (4) del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos).

En todo caso, la reforma del acuerdo, sea a través de la hipótesis mínima o de la hipótesis máxima, es un juego de suma cero. Lo que gana cada miembro en autonomía regulatoria, lo pierde el sistema multilateral en libertad comercial, puesto que las transferencias de capital son un requisito esencial para el suministro transfronterizo de algunos servicios y un complemento importante para el suministro de servicios mediante la presencia comercial del proveedor en territorio extranjero. Además, se obstruye toda posibilidad de monitorear el ejercicio de la potestad de aplicar controles al ingreso de capitales, a pesar de que esos controles puedan tener un impacto negativo sobre la economía mundial, en particular cuando son aplicados de forma prolongada por las grandes economías emergentes²⁴.

No parece razonable optar por un camino condenado a fragmentar la integración comercial, cuando lo que requiere el sistema de gobernanza de

24 OLIVIER, JEANNE *et al.* resaltan el caso de China como ejemplo paradigmático de un uso distorsionador de los controles de capital. Los autores señalan que China, un país con una de las cuentas financieras más restringidas del mundo, ha combinado el uso de los controles de capital con intervenciones en el mercado de cambios para sostener un tipo de cambio subvaluado que económicamente es equivalente a un arancel a las importaciones y a un subsidio a la exportación, demorando así los ajustes necesarios para reequilibrar la demanda global.

las relaciones económicas internacionales son disciplinas más ambiciosas para poder administrar de mejor manera las tensiones crecientes entre, por un lado, la liberalización comercial y la movilidad de capitales y, por otro lado, la necesidad de preservar la estabilidad macroeconómica y financiera. Por último, la opción de devolver a los Estados nacionales la autonomía para regular áreas de la economía que tiempo atrás se había acordado sujetar a disciplinas multilaterales sienta un mal precedente que podría extenderse a otras áreas, como la protección del medio ambiente, para entrar en un círculo vicioso en el que la demanda por una autonomía regulatoria cada vez mayor termina debilitando la capacidad de las normas comerciales para facilitar el comercio.

REGLAMENTACIÓN SUPERVISADA

Una tercer alternativa para resolver la situación planteada pasaría por autorizar a los miembros a aplicar restricciones sobre las transferencias de capital, aun en los sectores en que se hayan contraído compromisos específicos y a pesar del hecho de que el movimiento transfronterizo de capital forme parte esencial del propio servicio, pero sólo de manera temporal, previa consulta con el FMI y bajo su estricta supervisión. Por ejemplo, el Artículo XI.2 podría redactarse de la siguiente manera:

Ninguna disposición del presente acuerdo afectará a los derechos y obligaciones que corresponden a los miembros del fondo monetario internacional en virtud del convenio constitutivo del mismo, incluida la utilización de medidas cambiarias que estén en conformidad con dicho convenio constitutivo.

De esta forma, se asegura a los miembros del AGCS un margen de acción suficiente para adoptar medidas destinadas a restringir el ingreso de capitales que puedan comprometer su estabilidad macroeconómica o financiera, incluso en los sectores en que hayan contraído compromisos específicos, pero dentro del marco de los derechos y obligaciones del convenio constitutivo del FMI y sujeto a la supervisión de un organismo multilateral que tiene dentro de sus cometidos el deber de facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional. En este sentido, la reglamentación supervisada, a diferencia de la reglamentación nacional simple, confiere un margen de acción suficiente para adoptar restricciones a las transferencias de capital

que son coherentes, no sólo con la salud de la economía nacional donde se aplican, sino también con los intereses de la comunidad internacional.

Para asegurar un resultado exitoso, la propuesta de reglamentación supervisada debería ser complementada con la efectiva supervisión de los controles de capital por parte del FMI. Algunos han propuesto reformar el convenio constitutivo, con el fin de otorgarle al fondo un rol más proactivo y sistemático en la gobernanza de los flujos de capital. Sin embargo, aún sin reformar el Convenio, el fondo cuenta con la capacidad técnica y la autoridad legal para monitorear el uso de los controles de capital por parte de sus miembros²⁵. Si bien es cierto que tal convenio permite a sus miembros aplicar los controles que consideren necesarios para regular los movimientos internacionales de capital, no se trata de una discreción irrestricta, ya deben evitar aplicar los controles de forma tal que restrinjan los pagos por transacciones corrientes o demoren de manera indebida las transferencias de fondos para liquidar obligaciones y, claro, de manera inconsistente con los objetivos del fondo.

Al evaluar los controles al ingreso de capitales a la luz de los objetivos del convenio constitutivo, es razonable suponer que el fondo requiera que los mismos sean necesarios para cumplir con el objetivo propuesto, se apliquen de manera no discriminatoria y por un período de tiempo limitado^{26,27}. Asimismo, cabría esperar que el fondo cuestione la aplicación de controles al ingreso de capitales por períodos largos de tiempo, que conducen a mantener un tipo de cambio de manera artificial bajo la premisa de que otorga ventajas comerciales artificiales al Estado receptor y que, en última instancia, genera

25 Ver el Artículo IV, Sección 3 Supervisión de los Regímenes Cambiarios. Ver también la decisión del directorio ejecutivo del FMI del 15/06/07, que amplía el alcance de la supervisión bilateral de las políticas de los miembros. En su parte fundamental, esa decisión establece lo siguiente: “En la supervisión bilateral, el Fondo se centrará en las políticas de los miembros que puedan influir de manera significativa la estabilidad externa en el presente o en el futuro. El Fondo evaluará si estas políticas promueven la estabilidad externa, y asesorará al miembro sobre los ajustes de política necesarios para este fin. En consecuencia, las políticas cambiarias siempre serán el tema de supervisión bilateral del Fondo con respecto a cada miembro, al igual que las políticas monetaria, fiscal y financiera (tanto en sus aspectos macroeconómicos y aspectos estructurales de importancia macroeconómica). Otras políticas se examinarán en el contexto de la supervisión, sólo en la medida en que influyan en la estabilidad externa presente o futura”.

26 Sobre las circunstancias en las cuales se recomienda aplicar restricciones al ingreso de capitales y sobre las características que estos controles se recomienda ver: Jonathan D. Ostry, *et al.* (2011). *Managing Capital Inflows: What Tools to Use?* IMF Staff Discussion Note 11/06 (April, 2011), at 11.

desequilibrios estructurales en la economía mundial que comprometen la estabilidad monetaria internacional.

CONCLUSIONES

El artículo procuró especificar el margen de acción del que disponen los miembros del AGCS para restringir las transferencias de capital en un contexto de volatilidad creciente de los movimientos de capitales a corto plazo. El análisis se focalizó en una serie de medidas adoptadas por algunos países de América Latina destinadas a restringir el ingreso masivo y repentino de capitales, que incluye, entre otras, prohibiciones de endeudamiento a corto plazo con no residentes, constitución de depósitos obligatorios no remunerados para inversiones en el mercado local por parte de no residentes, requisitos de encajes marginales sobre deudas en moneda extranjera contraídas con no residentes, así como una variada gama de tributos sobre transacciones de capital o sobre el rendimiento de inversiones realizadas por no residentes.

La interpretación propuesta identificó varias inconsistencias entre las medidas adoptadas y las disciplinas del AGCS que no encuentran una justificación posible en ninguna de las excepciones previstas por el acuerdo. El artículo argumentó sobre la necesidad de actuar frente a esta situación, ya que la inacción deja abierto el camino para iniciar disputas dirigidas a cuestionar la compatibilidad de los controles sobre los movimientos transfronterizos de capital y las disciplinas sobre pagos y transferencias internacionales, con las desventajas que supone dejar en manos del sistema de solución de controversias la tarea de resolver las ambigüedades y lagunas de los acuerdos multilaterales del comercio en temas de particular sensibilidad para los intereses de los miembros.

Parte de la doctrina sugiere reformar el acuerdo, con el objetivo de devolver a los miembros la potestad de aplicar restricciones a las transferencias de capital, aun en los sectores en que se hayan contraído compromisos específicos y a pesar del hecho de que el movimiento transfronterizo de capital forme parte esencial del propio servicio, de manera que pueda alcanzar los objetivos de política monetaria y cambiaria que correspondan. Sin embargo, este artículo argumentó que la simple expansión del derecho de reglamentación nacional, con la consecuente reducción del alcance de las disciplinas comerciales sobre normas con alto impacto sobre el comercio internacional, no conduce a otra cosa que a una mayor fragmentación de la integración

comercial, cuando lo que se le está demandando al sistema multilateral del comercio son reglas más ambiciosas para poder administrar de mejor manera las tensiones crecientes entre, por un lado, la liberalización comercial y la movilidad de capitales y, por otro lado, la necesidad de preservar la estabilidad macroeconómica y financiera.

De lo que se trata es de encontrar una fórmula que permita avanzar hacia una liberalización progresiva del comercio de servicios y del movimiento de capitales, para aprovechar los beneficios que ello trae aparejado (la ampliación de alternativas de financiación, de distribución de riesgos, etc. y, en definitiva, una distribución más eficiente de los recursos), pero con la flexibilidad suficiente para adoptar los correctivos necesarios para mitigar los desajustes macroeconómicos o financieros causados por los movimientos repentinos de capitales a corto plazo. Ello no se puede lograr proscribiendo toda restricción a las transacciones de capital que sea incompatible con los compromisos específicos, ni otorgando a los Estados nacionales una discreción plena para restringir esas transacciones. Lo que se requiere es un mecanismo que permita la aplicación de restricciones bajo la supervisión de organismos encargados de defender los intereses multilaterales.

La propuesta sugerida en este artículo para resolver la situación planteada consiste en reformar el AGCS, de manera que se pueda autorizar a los miembros a imponer restricciones al ingreso de capitales, pero sujeto a la supervisión del Fondo Monetario Internacional. La propuesta de reglamentación supervisada tiene la ventaja de ampliar el margen de acción necesario para aplicar restricciones al movimiento transfronterizo de capital, pero bajo la atenta supervisión de un organismo multilateral que tiene dentro de sus cometidos el deber de facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, y que por lo tanto promueve la adopción de políticas que son coherentes, no sólo con la salud de la economía nacional en la que se aplican, sino también con los intereses de la comunidad internacional. De esta manera, se aporta una solución concreta a este problema, que apunta a un sistema de gobernanza de las relaciones económicas internacionales más coherente, basado en más y mejor cooperación entre la OMC y el FMI.

BIBLIOGRAFÍA

- CORNFORD, A. (2014). The WTO negotiations on Financial services: current issues and future directions, UNCTAD: DP.
- DELIMATIS, PANAGIOTIS; MOLINUEVO, MARTIN (2008). Article XVI, Trade in Services, Max Planck.
- GALLAGHER, K. (2010). *Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Agreements*. G-24 DP. n.º 58.
- JACKSON, J. (1998). *Dispute Settlement and the WTO Emerging Problems* I. *JIEL* 329.
- JARA, A.; R. MORENO R.; C. TOVAR (2009). The global crisis and Latin America: financial impact and policy responses, *BIS Quarterly Review*
- KAUFMANN, C.; WEBER, R. (2008). "Reconciling Liberalized Trade in Financial Services and Domestic Regulation," in KERN ALEXANDER; MADS ANDENAS (eds.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Amsterdam: Martinus Nijhoff Publishers.
- LEHMANN, A. *et al.* (2003). "International Trade in Services: Implications for the IMF", IMF Policy Discussion Paper PDP/03/.
- LEHMANN, *et al.* (2010). *Nota de antecedentes de la secretaría servicios financieros, s/ FIN/W/73*, 3 de febrero de 2010.
- LEROUX, F. (2002). Trade in Financial Services under the World Trade Organization. 36(3) *JWT* 413, pp. 430-431.
- LUPO PASINI, F. (2012). 'Movement of capital and trade in services: distinguishing myth from reality regarding the GATS and the liberalization of the capital account', 15 (2) *JIEL* 581.
- MATTOO, AADITYA *et al.* (1997). 'Opening Markets in the Financial Services and the Role of the GATS. *WTO: Special Studies*.
- OLIVIER, JEANNE *et al.* (2012). *Who needs to open the capital account?* Peter Institute for International Economics.
- OSTRY, J. *et al.* (2010). 'Capital Inflows: The Role of Controls', IMF Staff Position Note 10/04.
- OSTRY, J. *et al.* (2011). 'Managing Capital Inflows: What Tools to Use?' IMF Staff Discussion Note 11/06 (April, 2011)

RAGHAVAN, CHAKRAVARTHI (2009). *Financial Services, the WTO and Initiatives for Global Financial Reform*. G24 DP.

SIEGEL, D. (2002). 'Legal aspects of the IMF/WTO relationship: the fund's AA and the WTO Agreements', 96 *The American Journal of International Law* 561.

TORRES, H. (2013). 'Capital Controls Can Smoothen Trade Tensions', en K. GALLAGHER; L. STANLEY, *Capital Account Regulations and the Trading System: a Compatibility Review*. Boston University Press.

TUCKER, T. (2010). 'The WTO Conflict with Financial Transactional Tax and Capital Management Techniques and How to Fix It', Memorandum, Public Citizen.

VITERBO, A. (2013). 'How to Make the GATS a Code of Conduct for Capital Controls', in K. GALLAGHER; L. STANLEY, LEONARDO (eds.) above n.º 5.

HOJAS DE VIDA AUTORES?????????



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en septiembre de 2016

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem