

E. Los recursos naturales, la cooperación internacional y la reglamentación del comercio

En la presente sección se examina la reglamentación internacional del comercio de recursos naturales. Primero, se hace una exposición general del marco jurídico de la OMC y un breve examen del encaje de los recursos naturales en ese marco. En esta sección no se pretende hacer un estudio exhaustivo de todas las normas de la OMC que puedan estar relacionadas con el comercio de recursos naturales, sino sólo de aquellas que sean especialmente pertinentes para este tipo de comercio, considerando si responden a las características más destacadas de los sectores de recursos naturales, y en qué medida. En esta sección también figura una selección de acuerdos internacionales que reglamentan el comercio de recursos naturales y un examen de su relación con las disciplinas de la OMC. Por último se tratan en particular cierto número de cuestiones planteadas en este sector que son o podrían ser pertinentes para la cooperación internacional y el sistema multilateral de comercio.

Índice

1. El comercio de recursos naturales y las normas de la OMC	162
2. Otras normas de derecho internacional, y los recursos naturales	176
3. Cuestiones relacionadas con el comercio que afectan a los recursos naturales: desafíos pendientes	183
4. Conclusiones	196



1. El comercio de recursos naturales y las normas de la OMC

(a) Las normas comerciales y los recursos naturales

En la medida en que puede ser objeto de comercio, un recurso natural da lugar a las obligaciones previstas en el GATT y en otros Acuerdos de la OMC relativos al comercio de mercancías. Esto es así, por ejemplo, con el carbón y el petróleo extraídos, la madera en trozas o las especies marinas capturadas. En cambio, las normas de la OMC no suelen aplicarse a los recursos naturales antes de que hayan sido extraídos o cosechados.

No obstante, en algunas circunstancias las normas de la OMC pueden tener consecuencias para productos en estado "natural". Por ejemplo, en la diferencia *Estados Unidos - Madera blanda IV*, una de las cuestiones planteadas era la de saber si la concesión por los gobiernos provinciales de derechos de extracción de madera a una remuneración inferior a la adecuada podía considerarse una subvención en el sentido de lo dispuesto en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC). Más concretamente, había que determinar si el término "bienes" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC abarca "los árboles antes de su extracción, es decir, la madera en pie fijada al suelo (pero susceptible de separarse de él) y que en esa forma no puede ser objeto de comercio" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 57). En definitiva, se decidió que no había motivo para excluir a "los artículos tangibles -como los árboles en pie, sin talar- que no son al mismo tiempo artículos comerciables en sí mismos ni son objeto de clasificación arancelaria" del alcance del término "bienes" del párrafo 1 del artículo 1 (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 67).

Esta cuestión se planteó también en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN") con respecto a una propuesta de trasladar aguas en abundancia de la Columbia Británica (Canadá) a los Estados Unidos mediante la desviación de un curso de agua canadiense. Por motivos ambientales, el Gobierno de la Columbia Británica presentó un proyecto de legislación que prohibía los traslados en gran escala de agua. Es sostenible que las prohibiciones cuantitativas de la exportación son contrarias a las disposiciones del TLCAN, en el que tanto el Canadá como los Estados Unidos son partes. Pero, antes de que pueda afirmarse que la legislación es incompatible con el acuerdo, hay que determinar si el agua en su estado natural está comprendida en las disposiciones del TLCAN. Un punto de partida útil es el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, de ordinario denominado "el SA", que es una nomenclatura internacional polivalente de productos confeccionada por la Organización Mundial de Aduanas.

El SA consta de varios millares de grupos de productos, y los Miembros de la OMC lo han utilizado para preparar sus Listas de compromisos (Ehring, 2007). La subpartida 2201 del SA se titula "Agua, incluidas el agua mineral, natural o artificial y la gaseada", y enumera explícitamente la "nieve" y el "hielo", lo que podría abonar la opinión de que las normas comerciales son aplicables a las aguas subterráneas o de superficie (Horlick, 2001). En contra de esta opinión se ha alegado que, como la subpartida 2201 está incluida en el capítulo del SA titulado "Bebidas", el agua sólo se considera un producto

cuando está destinada al consumo. Dado que las transferencias en abundancia de aguas subterráneas o de superficie suelen destinarse a fines agrícolas o industriales, estas aguas no estarían comprendidas en la subpartida.

Con objeto de zanjar el debate, en 1993 los países signatarios del TLCAN (el Canadá, los Estados Unidos y México) hicieron pública una declaración conjunta según la cual "el TLCAN no crea derechos a los recursos de agua naturales de las partes en el Tratado". Aunque su condición jurídica no está clara, esta declaración concuerda con las opiniones de los observadores que consideran que el agua no es un bien a los efectos del TLCAN mientras no se la extraiga de su estado natural y se la transforme en un producto susceptible de ser vendido, como el agua embotellada (Comisión Conjunta Internacional, 1999; McRae, 2001; Cossy, 2005).

Cuestiones similares se plantean en relación con otros recursos naturales. Por ejemplo, miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) han impuesto a menudo restricciones a la producción, alegando que esta medida no es incompatible con el GATT porque el petróleo no está sujeto a las disciplinas de la OMC si no se ha extraído. Algunos sostienen que el principio de soberanía del derecho internacional confirma la tesis de que las naciones no están sujetas a limitación alguna en cuanto al trato que den a sus recursos naturales, hasta que sean extraídos de una mina, obtenidos por perforación o producidos por cualquier otro medio (Crosby, 2009). Aun así, de cara al debate será conveniente distinguir entre las medidas que afectan a la producción, y las que afectan al comercio.

Todo servicio relacionado con los recursos naturales está sujeto a las disciplinas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), salvo que se preste en ejercicio de la autoridad gubernamental. En la práctica, los servicios se relacionan con los recursos naturales por muchos conceptos distintos, desde la ordenación y la protección hasta la exploración, explotación, pruebas técnicas, transporte, intermediación y comercialización. Hay una serie de servicios que tienen que ver directamente con los recursos naturales (por ejemplo, los servicios relacionados con la minería, transporte de combustibles por oleoducto, servicios relacionados con la agricultura, la caza y la silvicultura o servicios relacionados con la pesca). Otros servicios pueden estar relacionados con diversos sectores, incluidos los recursos naturales (por ejemplo, servicios de consultoría en gestión).

Ninguna disposición del AGCS se refiere específicamente a los recursos naturales, y la aplicación de las obligaciones previstas en el Acuerdo depende en gran medida de los compromisos que hayan contraído los Miembros de la OMC a título individual en el sector de que se trate. El hecho de que las normas del sistema de la OMC sean distintas según se trate del comercio de mercancías o del comercio de servicios plantea cuestiones complejas en lo relativo a la explotación de recursos naturales y las actividades conexas (véase la subsección 3 *infra*).

Recuadro 25: Antecedentes históricos del trato de los recursos naturales en el GATT/OMC

El hecho característico de la historia de los recursos naturales en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC es la progresiva apertura del mercado de estos recursos, hasta el punto de que actualmente una amplia variedad de materias primas, desde los metales y minerales hasta los combustibles y la madera, están poco o nada protegidos en la mayoría de los principales mercados. No obstante, algunos Miembros de la OMC siguen estando gravemente preocupados –o empiezan a estarlo– por varias cuestiones relacionadas con los recursos. Un problema de larga data es la continua dependencia de muchos países en desarrollo de las exportaciones de productos básicos, y el efecto perjudicial de las fluctuaciones de la oferta, la inestabilidad del mercado, la volatilidad de los precios y los persistentes obstáculos a los recursos elaborados para las perspectivas de crecimiento y desarrollo de esos países.

Las disposiciones relativas a los acuerdos internacionales de productos básicos, la negociación del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP), que prevé aranceles preferenciales para las importaciones procedentes de países en desarrollo, algunos aspectos del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y los repetidos esfuerzos por frenar la progresividad arancelaria en las sucesivas rondas de negociaciones comerciales fueron otros tantos intentos, explícitos o implícitos, de responder a los singulares desafíos con que se enfrentan los países exportadores de productos básicos, y a los desequilibrios estructurales percibidos en el sistema de comercio.

La preocupación por la dependencia de las exportaciones de productos básicos –y sus efectos perjudiciales de inestabilidad de los mercados y descenso de los precios– es anterior a la creación del GATT en 1948. El desplome de los precios de los productos básicos a comienzos del decenio de 1920, y en proporciones más espectaculares durante la Gran Depresión en el decenio de 1930, convenció a los responsables políticos de la necesidad de aumentar la cooperación internacional y mejorar la gestión del comercio de productos básicos; este proceso culminó en los esfuerzos de los decenios de 1920 y 1930 por negociar una serie de acuerdos internacionales sobre productos básicos, encaminados a estabilizar los precios mediante el control de las cantidades producidas y vendidas (lo que típicamente incluía la creación de existencias de reserva, la concesión de garantías de compra a largo plazo y la adopción de planes de restricción de las cantidades y las exportaciones).¹

Estos acuerdos ocupaban un lugar predominante en el texto de la malograda Carta de La Habana de 1948, y en el del propio GATT. El artículo 6 de la Carta permitía excepciones a la no discriminación para los acuerdos sobre productos básicos, a condición de que estuvieran destinadas a promover la estabilización de los precios, la expansión del consumo y la corrección de los excedentes "gravosos". La Carta definía claramente las condiciones que debían reunir los acuerdos para ser considerados aceptables: haberse negociado en conferencias públicas abiertas a los consumidores y los productores del producto de referencia; tener un período de validez mínimo de cinco años; y que su aplicación fuera administrada conjuntamente por intereses de los productores y los consumidores.

Al no haberse ratificado la Carta de La Habana, el GATT fue encargado de llevar a cabo un examen anual de las tendencias y evoluciones de los precios internacionales y de la aceptación de los acuerdos internacionales sobre productos básicos (tanto en general como en detalle). Mucho más tarde, cuando en 1965 se agregó al GATT la Parte IV (Comercio y desarrollo), se encomendó a las Partes Contratantes que arbitraran medidas con miras a estabilizar y mejorar las condiciones en los mercados mundiales para las exportaciones de productos primarios de los países en desarrollo, con objeto de permitir "estabilizar los precios a niveles equitativos y remuneradores" y procurarles recursos crecientes para su desarrollo económico.

No obstante, los resultados de los acuerdos sobre productos básicos fueron, en el mejor de los casos, desiguales. Con excepción del café y, durante un tiempo, del estaño, pocos de esos acuerdos consiguieron invertir las tendencias a la baja de los precios de los correspondientes productos básicos. Además, salvo los Acuerdos de la Ronda de Tokio sobre la carne de bovino y los productos lácteos, que en ambos casos estaban centrados en los productores de los países desarrollados, el GATT participó muy poco en la concepción y aplicación de los acuerdos sobre productos básicos (Gordon-Ashworth, 1984).

Un segundo esfuerzo importante para resolver la dependencia de los países en desarrollo de las exportaciones de materias primas tuvo lugar en los decenios de 1960 y 1970. Ya en 1958, el Informe Haberler, elaborado por un panel de expertos por encargo del GATT, sostenía que las necesidades de los productores de productos primarios, y en especial las de los productores de los países en desarrollo, eran "diferentes de las de los productores de manufacturas" y sugería que "las normas y convenciones vigentes de política comercial son desfavorables en general para los países en desarrollo". En este mismo período, las ideas de Raúl Prebisch (1950) y de Hans Singer (1950) cobraron una influencia creciente, sobre todo su afirmación de que el subdesarrollo era consecuencia de desigualdades estructurales del sistema económico internacional, y en particular del empeoramiento de la relación de intercambio para los países en desarrollo que dependían de los productos básicos. Este análisis tuvo un peso considerable en el debate intelectual y político, pero no dejó de suscitar críticas (Viner, 1953; Baldwin, 1955; Johnson, 1967).

Esta "teoría de la dependencia" contribuyó a sentar las bases intelectuales de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en 1964. Una propuesta capital de la Conferencia (confirmada en la segunda reunión de la UNCTAD, que tuvo lugar en Nueva Delhi cuatro años más tarde) fue que los países desarrollados concediesen trato arancelario preferencial a las importaciones de productos manufacturados y semimanufacturados originarios de los países en desarrollo –el llamado "Sistema Generalizado de Preferencias" (SGP)– para promover el crecimiento de sectores manufactureros fuertes y diversificados en los países más pobres. Un año después, en virtud de la nueva Parte IV del GATT los países desarrollados se comprometieron a "realizar esfuerzos positivos para que las partes contratantes poco desarrolladas obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico". Además, en la Parte IV se enunció el principio de que los países desarrollados no debían esperar reciprocidad de los países en desarrollo por los compromisos de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio, y que debían asegurarse "condiciones más favorables y aceptables de acceso a los mercados mundiales" para esos países.

En 1971, el GATT siguió la iniciativa de la UNCTAD y promulgó dos excepciones al principio de la nación más favorecida (NMF) (limitadas a 10 años), gracias a las cuales podían otorgarse preferencias arancelarias a las exportaciones de los países en desarrollo. En 1979 el GATT dispuso una excepción permanente a la obligación de trato NMF, en virtud de la Cláusula de Habilitación. Esta excepción permitía que las Partes Contratantes del GATT establecieran sistemas de preferencias comerciales para los países en desarrollo, a condición de que estos sistemas fueran "generalizados y sin reciprocidad ni discriminación". Más de una docena de Miembros de la OMC ofrecen esquemas SGP, y los intentos actuales en la Ronda de Doha para formalizar el acceso libre de derechos y de contingentes de las exportaciones de los países menos adelantados (PMA) hacen esperar una expansión aún mayor de este procedimiento.

Desde la perspectiva de los países en desarrollo, el resultado de estos sistemas se presta a reservas. Por una parte, la mayoría de los países desarrollados han cumplido su obligación de generalizar la participación en sus programas, ofreciendo beneficios a una amplia serie de países en desarrollo y menos adelantados, aunque con el tiempo se ha aplicado cierta "graduación" geográfica consistente en la exclusión de países enteros y de productos de diversos esquemas nacionales.

La mayoría de los planes no están generalizados en lo tocante a los productos, porque no abarcan todas las exportaciones de los países en desarrollo (hasta hace poco la agricultura y los textiles eran excepciones notables a esta regla), y en particular tienden a favorecer las exportaciones de materias primas en detrimento de las de recursos elaborados y semielaborados, con la consiguiente agravación del problema de la dependencia de los productos básicos, que los esquemas SGP tenían por objeto resolver. Ello puede dar lugar también a una oposición a ultranza contra la apertura no discriminatoria del comercio, en la que se ve una amenaza a los márgenes preferenciales. Además, es un hecho cada vez más reconocido y aceptado que la capacidad de aprovechar las preferencias depende en alto grado de la situación interna y la capacidad de suministro de las economías de los presuntos beneficiarios.

Un tercer problema que persistió durante todo este período fue el predominio de la progresividad arancelaria, o sea el hecho de que los productos más elaborados hacen frente a aranceles progresivos, lo que desalienta la fabricación de artículos de valor añadido más alto y la inversión en esta clase de producción en los países en desarrollo, al tiempo que refuerza las exportaciones de productos primarios y empeora las dificultades que padecen los países más pobres por causa de su relación de intercambio. Este problema fue resultado en parte de los esfuerzos de los países industrializados por proteger las industrias manufactureras y los empleos de bajo nivel tecnológico y de cualificación (como los textiles, las prendas de vestir o el calzado), pero también reflejaba la composición y el mecanismo de las sucesivas negociaciones en el GATT que, por lo menos hasta el comienzo de la Ronda Uruguay en 1986, tendieron a estar dominadas por los países industrializados y a tener principalmente en cuenta sus preocupaciones comerciales y sus posiciones negociadoras (Gordon-Ashworth, 1984). Las Rondas de Tokio (1973-1979) y Uruguay (1986-1993) hicieron de la reducción de la progresividad arancelaria un objetivo primordial, pero con éxito limitado. Quizás la Ronda de Doha, iniciada en 2001, con su fórmula no lineal, consiga mejores resultados.

En décadas recientes –y en particular en los últimos años– los debates sobre el comercio de recursos naturales en el GATT/OMC se han centrado de modo creciente en las preocupaciones de los países importadores de productos básicos, a quienes inquietan la subida de los precios de los recursos y las señales de un aumento de las restricciones a la exportación de materias primas. El problema se deriva en parte del constante aumento de la demanda global de los escasos recursos, que, además, suelen ser exportados por un número relativamente reducido de países. La escasez de recursos y la desigual distribución geográfica dan la posibilidad a los países que poseen reservas de influir en los precios y las cantidades de las materias primas suministradas a los mercados mundiales (Korinek y Kim, 2009).

En efecto, los países productores pueden imponer restricciones o impuestos a las exportaciones por varios motivos, entre ellos contrarrestar la progresividad arancelaria en los países importadores, garantizar suministros locales de recursos estratégicos para las industrias nacionales de elaboración más avanzada, mejorar la relación de intercambio limitando la oferta de mercado y aumentando los precios mundiales, crear ventajas comparativas en las industrias de alta tecnología que dependen del acceso a metales o minerales poco abundantes, y proteger el medio ambiente.

Muchos de estos temas se consideraron en la Ronda Uruguay. Por insistencia de algunos países exportadores de productos básicos, al comienzo de la Ronda se estableció un Grupo de negociación sobre productos basados en recursos naturales (PBRN) que no sólo examinó cuestiones planteadas desde hacía tiempo, como las relativas a los aranceles (con inclusión de las preferencias, las crestas arancelarias –aranceles relativamente elevados– y la progresividad arancelaria), los obstáculos no arancelarios al comercio y las subvenciones, sino que además trató –sin éxito– de incorporar a las negociaciones el tema de la energía y las restricciones a la exportación (Stewart, 1993). En la actual Ronda de Doha y en las negociaciones de adhesión de varios países se han ejercido presiones similares para incorporar a las negociaciones de la OMC los impuestos y las restricciones a la exportación y el sistema de "doble precio"² (véase la sección D).

Recuadro 26: El modo de suministro de “presencia comercial” con arreglo al AGCS: normas aplicables a las inversiones en servicios

Muchos servicios se caracterizan por el carácter simultáneo de la producción y el consumo, lo que significa que en algunos sectores es importante que los proveedores de servicios establezcan una presencia comercial en los mercados en los que quieran vender sus servicios.

Se calcula que la presencia comercial representa casi el 60 por ciento del comercio internacional de servicios. El modo de suministro de “presencia comercial”, llamado también modo 3, comprende el suministro de un servicio “por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro” (párrafo 2c) del artículo I). Esta definición abarca todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio (párrafo d) del artículo XXVIII). La presencia comercial puede materializarse mediante un nuevo establecimiento o mediante la adquisición de una empresa existente, en su totalidad o en parte.

El AGCS no distingue entre las fases anterior o posterior al establecimiento, pero *de facto* las tiene en cuenta a las dos. La diferencia estriba en la naturaleza de las propias obligaciones. Por ejemplo, mientras que el trato nacional y el trato NMF se aplican a las restricciones antes y después del establecimiento, la disposición relativa al acceso a los mercados tiende a referirse más a la fase anterior.

Las obligaciones de presencia comercial previstas en el AGCS dependen en gran medida del tipo de compromisos específicos que hayan contraído los Miembros de la OMC. Las obligaciones de acceso a los mercados y de trato nacional solamente se exigen en los sectores en que los Miembros hayan contraído compromisos específicos, suponiendo que el modo 3 no se haya dejado “sin consolidar”. Los Miembros gozan de flexibilidad para consignar en las Listas los compromisos en el modo 3, que pueden condicionar a varias clases de limitaciones al acceso a los mercados: por ejemplo, pueden limitar el número de proveedores mediante pruebas de necesidades económicas, excluir ciertos tipos de entidades jurídicas, exigir la constitución de empresas mixtas o limitar la participación de capital extranjero. Las limitaciones relativas al trato nacional pueden comprender restricciones a la propiedad de la tierra, regímenes fiscales y de subvenciones diferentes, requisitos de residencia, etc. Independientemente de la existencia de compromisos específicos, la obligación relativa al trato NMF rige para todas las medidas gubernamentales que afecten al comercio de servicios.

Hay varias diferencias importantes entre el modo 3 del AGCS y los tratados bilaterales de inversión, o los capítulos dedicados a la inversión de determinados acuerdos comerciales preferenciales. Entre otras cosas, la definición de inversión tiende a ser más amplia en los dos últimos instrumentos que en el AGCS. Además, el AGCS no prevé un mecanismo de solución de diferencias entre los Estados inversores ni obligaciones de protección de las inversiones o indemnización en caso de expropiación. Por otra parte, la gran mayoría de tratados bilaterales de inversión sólo abarcan la fase posterior al establecimiento, porque tienden a centrarse en la protección de las inversiones extranjeras más que en la concesión de oportunidades de acceso a los mercados

(b) Las normas de la OMC y las características propias del comercio de recursos naturales

(i) *Las normas comerciales y la distribución mundial desigual de los recursos naturales*

Aranceles a la importación (artículo II del GATT de 1994)

El artículo II del GATT de 1994 prohíbe a los Miembros de la OMC aplicar a los productos importados “derechos de aduana propiamente dichos” que excedan de los fijados (o “consolidados”) en su Lista de compromisos. En sucesivas rondas de negociaciones comerciales, el número de productos sujetos a consolidaciones arancelarias ha aumentado y los niveles en los que se han consolidado los aranceles se han ido reduciendo gradualmente.³ A los Miembros también les está prohibido aplicar cualquier otro derecho o carga a la importación de un producto, que no sean los indicados en la Lista de compromisos.⁴ Los productos agrícolas están sujetos a limitaciones similares, a tenor del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura.

Los tipos arancelarios máximos (llamados “consolidaciones arancelarias”) se han ido reduciendo paulatinamente en las ocho rondas de negociaciones del GATT, la última de las cuales fue la Ronda Uruguay. En la actual Ronda de Doha de la OMC se están negociando otras reducciones. Los niveles arancelarios que gravan a los recursos naturales se examinaron en la sección D,

llegándose a la conclusión de que la protección arancelaria de los sectores de recursos naturales suele ser inferior a la correspondiente al comercio de mercancías en general, con la posible excepción de la pesca. Existe progresividad arancelaria para algunos recursos naturales, como los productos de la silvicultura y la minería, pero no para otros, como los combustibles.

Restricciones a la importación y la exportación (artículo XI del GATT de 1994)

El artículo XI del GATT de 1994 dispone que ningún Miembro de la OMC impondrá ni mantendrá – aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas – prohibiciones o restricciones a la importación, o a la exportación o la venta para la exportación, de ningún producto. Esta disposición abarca los contingentes y otras medidas similares que establecen limitaciones cuantitativas de las importaciones o las exportaciones (aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas). Habida cuenta de que el párrafo 1 del artículo XI se refiere tanto a las “prohibiciones” como a las “restricciones”, un Grupo Especial de solución de diferencias de la OMC ha concluido que “una ‘restricción’ no tiene por qué ser una prohibición general o un límite numérico preciso” (informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.270). Siguiendo esa interpretación, un Grupo Especial reciente, ha concluido que una medida que limita el número de puertos por los que pueden entrar al territorio de un Miembro determinadas mercancías (aunque no la cantidad de mercancías que entran por los puertos autorizados) es incompatible con el párrafo 1 del artículo XI porque tiene un “efecto limitativo” en las importaciones (informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.240).

Las disposiciones del artículo XI aplicables a las restricciones de la exportación son especialmente pertinentes para algunos de los sectores de recursos naturales de que trata el presente informe. Como se señalaba en la sección D, la información procedente de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC indica que la incidencia de los impuestos a la exportación es mayor en el sector de los recursos naturales que en otros sectores. En general, la frase "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" del artículo XI se ha interpretado en el sentido de que esta disposición no prohíbe a los Miembros de la OMC aplicar impuestos a las exportaciones. Otra cuestión es la de saber si el artículo XI se aplica a las limitaciones de la producción, distinguiéndolas de las restricciones a la exportación. En este caso también, los términos de la disposición se han interpretado en general en el sentido de que las restricciones a la producción no están comprendidas en el ámbito del artículo XI y, por consiguiente, son admisibles.

Existe una excepción a la prohibición del artículo XI que permite a los Miembros de la OMC imponer temporalmente prohibiciones o restricciones de la exportación "para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora". Esta excepción, que figura en el párrafo 2 a) del artículo XI, se examina más abajo en la subsección 1 b) ii).⁵

No discriminación (artículos I y XIII del GATT)

El artículo I del GATT enuncia el principio de la nación más favorecida, que es una de las obligaciones fundamentales del sistema multilateral de comercio. Esta disposición prohíbe a los Miembros de la OMC dar a los productos originarios de cualquier otro Miembro, o a él destinados, un trato menos favorable que el concedido a todo producto "similar" originario de cualquier otro país (incluidos los que no son Miembros de la OMC) o a él destinado.

El artículo I es de amplio alcance y abarca los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, los métodos de exacción de tales derechos y cargas, y todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, así como los impuestos internos y las reglamentaciones nacionales. Esta disposición tiene consecuencias importantes para el comercio de recursos naturales.

De conformidad con el artículo I, todo Miembro de la OMC que sea consumidor de un recurso natural deberá dar un trato favorable similar (en lo que se refiere a los aranceles, las formalidades aduaneras, los impuestos internos, las reglamentaciones nacionales, etc.) a las importaciones de recursos naturales similares originarias de otros Miembros.⁶ En consecuencia, un Miembro A de la OMC no puede aplicar a las importaciones de carbón procedentes de un Miembro B un arancel más elevado que el que aplique a las importaciones de carbón procedentes de un Miembro C. Los impuestos y otras reglamentaciones de la exportación también están sujetos a las obligaciones previstas en el artículo I, aunque el artículo XI no prohíba esas medidas. Esto significa que el Miembro A de la OMC no podrá gravar sus exportaciones al Miembro B con un impuesto más elevado que el que aplica a las exportaciones al Miembro C.

Según el artículo XIII del GATT, ningún Miembro de la OMC impondrá prohibición o restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otro Miembro o a la exportación de un producto destinado al territorio de otro

Miembro, a menos que se imponga una prohibición o restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país o a la exportación del producto similar destinado a cualquier tercer país. El artículo XIII se aplica a los contingentes arancelarios de importación. Además, aunque se autorice a un Miembro de la OMC a aplicar una prohibición o restricción de las exportaciones, la aplicación no deberá ser discriminatoria. La obligación de no discriminación prescrita en el artículo XIII tendrá validez, por ejemplo, cuando un Miembro imponga temporalmente una prohibición o restricción de las exportaciones para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales, como dispone el párrafo 2 a) del artículo XI del GATT (Mavroidis, 2005).

Empresas comerciales del Estado (artículo XVII del GATT)

En el párrafo 1 del artículo XVII del GATT se reconoce que los Miembros pueden fundar o mantener empresas del Estado o conceder privilegios exclusivos especiales a empresas privadas. Los Miembros de la OMC han hecho varias notificaciones de empresas del Estado que comercian con recursos naturales, de conformidad con el artículo XVII. Se pueden mencionar, por ejemplo, la notificación del Brasil relativa a ITAIPU Binacional (energía eléctrica importada) e Industrias Nucleares do Brasil S.A. - INB (importaciones de piezas de recambio y combustibles para las instalaciones nucleares), y la notificación de la República Bolivariana de Venezuela sobre Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) y sus filiales (hidrocarburos).⁷ Ante todo, merece la pena señalar que la prohibición del artículo XI del GATT y la obligación de no discriminación del artículo XIII del mismo Acuerdo rigen para las restricciones a la importación o la exportación que se han efectuado con operaciones de comercio de Estado (véanse las notas a los artículos XI, XII, XIII, XIV y XVIII del GATT).

Según el párrafo 1 a) del artículo XVII, las empresas comerciales del Estado deberán ajustarse, en sus compras o sus ventas que entrañen importaciones o exportaciones, a los principios generales de no discriminación prescritos en el GATT para las medidas gubernamentales concernientes a las importaciones o a las exportaciones efectuadas por comerciantes privados. El apartado a) "tiene por fin asegurar que ningún Miembro, mediante la fundación o mantenimiento de una empresa del Estado o la concesión a cualquier empresa de privilegios exclusivos o especiales, pueda adoptar o facilitar una conducta que sería condenada por discriminatoria con arreglo al GATT de 1994 si ese Miembro siguiera esa conducta directamente" (informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 85).

El apartado b) establece que las disposiciones del apartado a) deberán interpretarse en el sentido de que imponen a estas empresas la obligación de efectuar las compras o ventas de esta naturaleza ateniéndose exclusivamente a consideraciones de carácter comercial, y enumera una serie de factores que deben tenerse en cuenta. No obstante, la nota al párrafo 1 b) del artículo XVII aclara que una empresa del Estado podrá vender un producto a precios diferentes en mercados distintos, a condición de que proceda así por razones comerciales, con el fin de conformarse al juego de la oferta y la demanda en los mercados de exportación. Además, el Órgano de Apelación declaró que, aunque el párrafo 1 del artículo XVII tiene por finalidad impedir ciertos tipos de comportamiento discriminatorio, no impone a las empresas comerciales del Estado "amplias obligaciones del tipo de las que establece el derecho de la competencia" (informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 145).

Libertad de tránsito (artículo V del GATT)

El artículo V contiene las normas aplicables a las mercancías, los barcos y otros medios de transporte que se consideran "tráfico en tránsito", o sea, que cruzan el territorio de otro Miembro de la OMC y el paso constituye sólo una parte de un viaje completo que comienza y termina fuera de las fronteras del Miembro por cuyo territorio se efectúa. Este artículo garantiza que habrá libertad de tránsito por el territorio de cada Miembro de la OMC para el tráfico en tránsito con destino al territorio de otro Miembro o procedente de él, que utilice las rutas más convenientes para el tránsito internacional. Al tráfico en tránsito deberá concedérsele también el trato NMF con respecto a todas las cargas, reglamentaciones y formalidades relativas al tránsito.

Las mercancías en tránsito por el territorio de un Miembro de la OMC no entran en el mercado de ese Miembro (no son "importadas"), por lo que no existe la obligación de conceder el trato nacional en el sentido del artículo III del GATT. No obstante, además de exigir que se conceda la libertad de tránsito a todas las mercancías en tránsito procedentes de otros Miembros que utilicen las rutas más convenientes para el tránsito internacional, el párrafo 2 del artículo V prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad, lugar de origen, punto de partida, punto de entrada, de salida o de destino, o consideraciones relativas a la propiedad de las mercancías, de los barcos o de otros medios de transporte. A este respecto, aunque el artículo V no exige que las mercancías en tránsito reciban el mismo trato que las mercancías destinadas al mercado nacional del Miembro de la OMC, o procedentes de él, podría sostenerse que el párrafo 2 de este artículo prevé una forma limitada de trato nacional con el requisito de no discriminar entre mercancías en tránsito de propiedad extranjera o nacional (Cossy, 2010). Por otra parte, cabría interpretar que el mencionado párrafo 2 parece favorecer en ciertos aspectos a las mercancías en tránsito en detrimento de las mercancías nacionales, al exigir a los Miembros que garanticen el tránsito internacional por las rutas más convenientes.

Se ha discutido si el artículo V se aplica solamente a las modalidades de transporte "móviles", como los barcos y los camiones, o si también rige cuando el tránsito tiene lugar mediante la utilización de infraestructuras fijas, como redes de energía eléctrica, oleoductos o gasoductos. Cossy (2010) sostiene que no hay nada en el artículo V que permita interpretarlo en sentido estricto, o sea excluyendo el transporte a través de infraestructuras fijas. Esta autora observa que el artículo V habla en general de "barcos y otros medios de transporte" e incluye una excepción explícita para las aeronaves en tránsito, lo que hace pensar que los redactores no tenían el propósito de excluir otras formas de transporte.

Las obligaciones previstas en el artículo V sólo son válidas para los Miembros de la OMC, y por consiguiente son de escasa pertinencia cuando un recurso natural se transporta a través de un tercer país que no sea Miembro. Hoy en día esto es moneda corriente en el comercio de productos energéticos, ya que el petróleo y el gas se transportan de Asia Central o Europa Oriental a Europa Occidental pasando por un gran número de países que todavía están negociando su ingreso en la OMC, como Azerbaiyán, Belarús, Kazajistán, Rusia, Tayikistán y Uzbekistán. En efecto, la cuestión de la libertad de tránsito es fundamental en los procesos de adhesión de muchos países que no son Miembros de la OMC (véase la subsección 3).

Otra limitación importante es que el artículo V impone obligaciones a los Miembros de la OMC, y no está claro si y cómo estas disciplinas serían aplicables en situaciones en que una empresa comercial del Estado o una corporación privada es propietaria de la infraestructura, y se encarga de su explotación (Cossy, 2010). En las negociaciones para la facilitación del comercio se ha propuesto que los Miembros accedan a que las empresas a las que hayan concedido privilegios especiales cumplan las disposiciones del GATT relativas al tránsito.

(ii) Las normas comerciales y el carácter agotable de los recursos naturales

Subvenciones y medidas compensatorias

En determinadas circunstancias, las subvenciones pueden empeorar las situaciones de explotación excesiva de los escasos recursos naturales. La OMC ha promulgado importantes disciplinas sobre la utilización de subvenciones por parte de sus Miembros. Las subvenciones de productos no agrícolas están reglamentadas por el Acuerdo SMC. El Acuerdo sobre la Agricultura prevé disciplinas expresas para las subvenciones agrícolas. El Acuerdo SMC define la "subvención" como una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, con la que se otorgue un beneficio. Se considera que existe una contribución financiera cuando: i) la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos; ii) se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían; iii) un gobierno proporcione bienes o servicios que no sean de infraestructura general; o iv) un gobierno encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii). Se confiere un beneficio cuando se recibe una contribución financiera en condiciones más favorables que las que puede obtener el receptor en el mercado (informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*).

El Acuerdo SMC sólo reglamenta las subvenciones que sean "específicas" para una empresa o rama de producción, o un grupo de empresas o ramas de producción. Están prohibidas las subvenciones a la exportación y las supeditadas al empleo de productos nacionales. Las restantes subvenciones se consideran "recurrirables", o sea que pueden impugnarse si surten efectos desfavorables. Todo Miembro de la OMC que resulte afectado por las subvenciones concedidas por otro Miembro puede impugnar esas subvenciones en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la Organización, o bien aplicar derechos compensatorios a las importaciones subvencionadas, si demuestra que causan o amenazan causar un daño a su rama de producción nacional.

Algunos de los productos examinados en el presente informe, como determinados productos y materias primas de la madera, están regulados por el Acuerdo sobre la Agricultura. Las disciplinas relativas a las subvenciones agrícolas se diferencian de las normas aplicables a las subvenciones no agrícolas. Las subvenciones a la exportación de productos agrícolas están sujetas a las limitaciones convenidas por cada Miembro de la OMC en su Lista de compromisos. Los Miembros que han incluido compromisos relativos a las subvenciones a la exportación en sus Listas no pueden conceder subvenciones a la exportación que excedan de esos compromisos. Los que no hayan consignado tales compromisos en sus Listas no están autorizados a conceder dichas subvenciones. Además, varios Miembros de la OMC se han comprometido a reducir la ayuda interna proporcionada a

sus sectores agrícolas. Se ha calculado que la agricultura absorbe el 85 por ciento del agua consumida en todo el mundo (Hoekstra, 2010). Así pues, en la medida en que influyen en la producción agrícola mundial, las disciplinas del Acuerdo sobre la Agricultura tienen consecuencias para la preservación de las reservas de agua.

El artículo XVI del GATT reglamenta también las subvenciones y prevé disciplinas menos severas para ciertas subvenciones a la exportación de productos primarios. En la nota al artículo XVI, los "productos primarios" vienen definidos como "todo producto agrícola, forestal o de la pesca y cualquier mineral, ya sea que se trate de un producto en su forma natural, ya sea que haya sufrido la transformación que requiere comúnmente la comercialización en cantidades importantes en el mercado internacional". Es de dudar que esta disposición siga siendo pertinente a la vista de la adopción del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la Agricultura. Algunos de los productos primarios a que se refiere el artículo XVI, como los minerales, el pescado y sus productos, no están regulados por el Acuerdo sobre la Agricultura y, por consiguiente, estarían comprendidos en la prohibición de las subvenciones a la exportación que contempla el Acuerdo SMC. A tenor de la nota interpretativa general al Anexo 1A, en caso de conflicto las disposiciones del Acuerdo SMC prevalecerían sobre una disposición del GATT de 1994 y sus Listas. En cambio, el GATT de 1994, sus Listas y el Acuerdo SMC están sujetos a las disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura.

Excepciones que permiten conductas por lo demás incompatibles con la OMC (artículo XX del GATT)

El artículo XX del GATT, titulado "Excepciones generales", permite a los Miembros de la OMC tomar ciertas medidas que son incompatibles con sus obligaciones dimanantes del GATT. El Órgano de Apelación de la OMC llegó a la conclusión de que, para que la conducta pueda quedar bajo la protección del artículo XX, el Miembro debe demostrar en primer lugar que la medida está comprendida en las disposiciones de uno de los apartados del artículo XX, y, en segundo lugar, que la medida se aplica de un modo compatible con las normas establecidas en el preámbulo de este mismo artículo, que exige que las medidas no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 118-121). El artículo XX tiene 10 apartados, de los cuales los apartados g) a j) tienen que ver directamente con la cuestión del carácter agotable de los recursos. El apartado b) también podría ser pertinente a este respecto. Este apartado, que trata de las medidas adoptadas para proteger la salud o la vida de las personas y de los animales y para preservar los vegetales, se examina en la sección E.2 b) iii) *infra*.⁸

El apartado g) del artículo XX del GATT permite la adopción de medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o el consumo nacionales. Esta disposición fue invocada por primera vez en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, en la que se determinó que "una política destinada a reducir el agotamiento del aire puro era una política destinada a conservar un recurso natural agotable en el sentido del apartado g) del artículo XX" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 16). En el asunto *Estados Unidos - Camarones* se planteó la cuestión de saber si el

término "recurso natural agotable" se refiere exclusivamente a los recursos minerales o inertes, o bien puede abarcar también recursos vivos y renovables (en este caso las tortugas marinas). En cuanto a que un recurso natural renovable pudiese considerarse agotable, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"Una lección que nos enseñan las modernas ciencias biológicas es que las especies vivientes, aunque en principio sean capaces de reproducirse y, en tal sentido, sean 'renovables', de hecho en ciertas circunstancias pueden estar expuestas a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de actividades humanas. Los recursos vivos son tan 'finitos' como el petróleo, el mineral de hierro y otros recursos inertes" (párrafo 128).

Además de demostrar que el recurso natural de que se trate es "agotable", el Miembro de la OMC que invoque el apartado g) del artículo XX deberá asegurarse de que su medida pueda considerarse *relativa* a la conservación de este recurso. En una diferencia, este requisito se consideró satisfecho porque la medida estaba "destinada principalmente" a la conservación de un recurso natural (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*).⁹ En otra diferencia se observó que "la relación de medios a fines" entre la medida y la política legítima de conservación de un recurso natural agotable "es claramente una relación estrecha y real" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 142-144). Por último, el requisito de que las medidas "se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o el consumo" se ha descrito como "una obligación de imparcialidad en los casos en que se impongan restricciones, en beneficio de la conservación" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafos 20 y 21).

El apartado j) del artículo XX permite a los Miembros de la OMC tomar medidas que sean esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local. Sin embargo, dichas medidas deberán ser compatibles con el principio según el cual todos los Miembros tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos. Esta disposición fue adoptada originalmente por un plazo limitado "para hacer frente a situaciones temporales derivadas de la guerra"¹⁰, y en 1970 fue aceptada como disposición permanente.¹¹

La expresión "penuria general o local" estaba pensada para "aquellos casos en los cuales un producto, aunque escaso a nivel internacional, no era necesariamente escaso en todos los mercados del mundo. Es decir, no se empleaba en el sentido de que en todos los países importadores de un producto existía escasez del mismo".¹² Esta excepción da a los Miembros de la OMC cierta flexibilidad para tomar medidas restrictivas cuando un recurso determinado escasee temporalmente; no obstante, esta flexibilidad se ve restringida por el requisito impuesto por el apartado j) respecto del principio de la participación equitativa de los Miembros y por los requisitos del preámbulo del artículo XX.

El Grupo de Trabajo de 1950 que se ocupó del asunto "Empleo de restricciones cuantitativas con fines de protección u otros fines de carácter comercial" observó que el principio de la participación equitativa enunciado en el apartado j) era diferente del principio de no discriminación, y recaló que la determinación de lo que es equitativo tendría que hacerse "sobre la base de los hechos de cada caso concreto". El Grupo

Recuadro 27: Las excepciones generales del AGCS y la protección del medio ambiente

El AGCS contiene una disposición de excepciones generales que sigue el modelo del artículo XX del GATT. El preámbulo del artículo XIV del AGCS es casi idéntico, pero la lista de posibles excepciones es más corta. Aunque el AGCS contiene también una excepción que permite a los Miembros de la OMC tomar medidas "necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales" (apartado b) del artículo XIV), no prevé una excepción relativa a "la conservación de los recursos naturales agotables" (apartado g) del artículo XX del GATT).

En la Ronda Uruguay se debatió el alcance de las excepciones generales del AGCS en relación con el medio ambiente. Algunas delegaciones propusieron una excepción relativa a la "conservación de los recursos naturales" o al "medio ambiente". Esas propuestas no fueron aceptadas, pero se llegó a una solución de compromiso según la cual los Miembros de la OMC volverían a considerar la cuestión cuando entrase en vigor el AGCS.

En la Decisión Ministerial de 1995 sobre el comercio de servicios y el medio ambiente¹³, el Consejo del Comercio de Servicios reconoció que las medidas necesarias para la protección del medio ambiente podían estar en conflicto con las disposiciones del AGCS y observó que "dado que el objetivo característico de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente es la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales y la preservación de los vegetales, no es evidente la necesidad de otras disposiciones además de las que figuran en el apartado b) del artículo XIV". Además, el Consejo del Comercio de Servicios decidió lo siguiente:

"Con objeto de determinar si es necesaria alguna modificación del artículo XIV del Acuerdo para tener en cuenta esas medidas, pedir al Comité de Comercio y Medio Ambiente que haga un examen y presente un informe, con recomendaciones en su caso, sobre la relación entre el comercio de servicios y el medio ambiente, incluida la cuestión del desarrollo sostenible. El Comité examinará también la pertinencia de los acuerdos intergubernamentales sobre el medio ambiente y su relación con el Acuerdo."

En diciembre de 1996, el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) informó de que de los debates preliminares celebrados sobre esta cuestión "no se desprende que haya ninguna medida que los Miembros puedan estimar necesario aplicar con fines ambientales al comercio de servicios que no esté adecuadamente regulada por las disposiciones del AGCS, en particular el apartado b) del artículo XIV".¹⁴ El CCMA sigue examinando este tema.¹⁵

de Trabajo observó también que el hecho de que un Miembro de la OMC desviase una proporción excesiva de su suministro a determinados países sería contrario al principio de distribución equitativa. Hasta la fecha no ha habido ningún procedimiento de solución de diferencias en la OMC acerca de esta disposición.¹⁶

Excepciones a la prohibición de restricciones no arancelarias (artículo XI del GATT)

Como hemos visto en la sección E.1 b) i) *supra*, el artículo XI del GATT prohíbe tanto las restricciones no arancelarias como las restricciones a la exportación, aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas. El párrafo 2 a) del artículo XI prevé una excepción a esta prohibición, permitiendo que los Miembros de la OMC impongan prohibiciones o restricciones de carácter temporal a las exportaciones "para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora". Aunque esta disposición no se ha considerado en ninguna diferencia del GATT o de la OMC, de los trabajos preparatorios del GATT se deduce que las palabras "prevenir o" se añadieron "con objeto de que un Miembro pudiera tomar medidas preventivas antes de que se produjera efectivamente una escasez aguda" (EPCT/141).

En el informe del Grupo de Trabajo de Revisión sobre "restricciones cuantitativas" se afirmaba que "en la medida en que el aumento de los precios está relacionado con una penuria aguda de los productos en cuestión ... (la aplicación de restricciones temporales a la exportación) ... tanto si se refiere a artículos alimenticios o a otros productos, estaba claramente comprendida en las disposiciones del ... [párrafo 2 a)]" (*Índice Analítico del GATT*, página 362). De Han (1997)

sostiene que las restricciones a la exportación de agua podrían estar comprendidas en esta excepción, en su condición de producto esencial para el Estado exportador o de producto alimenticio.

El artículo 12 del Acuerdo sobre la Agricultura prevé dos obligaciones que cobran efecto cuando un Miembro de la OMC invoca el párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994 para imponer una nueva prohibición o restricción de las exportaciones de productos alimenticios. En primer lugar, el artículo 12 exige que el Miembro que establezca la medida tome debidamente en consideración los efectos de esa prohibición o restricción en la seguridad alimentaria de los Miembros importadores. En segundo lugar, el Miembro que establezca la medida deberá notificarla por escrito, con la mayor antelación posible, al Comité de Agricultura y celebrar consultas, cuando así se solicite, con cualquier otro Miembro que tenga un interés sustancial como importador. Las obligaciones del artículo 12 son válidas únicamente para los países desarrollados Miembros y para los países en desarrollo Miembros que sean exportadores netos del producto alimenticio de que se trate.

(iii) Las normas comerciales y la existencia de externalidades

El principio de no discriminación: trato NMF y trato nacional (artículos I y III del GATT)

El principio de no discriminación puede condicionar la capacidad de un Miembro de la OMC de imponer medidas destinadas a gestionar las externalidades. Como se ha mencionado anteriormente, el principio de no discriminación está articulado en las obligaciones relativas al trato NMF (artículo I del GATT) y al trato nacional (artículo III del GATT).

Las prohibiciones y restricciones a la importación y la exportación también están sujetas a la obligación de no discriminación enunciada en el artículo XIII del GATT.

Es fundamental determinar si el hecho de que los Miembros de la OMC den un trato distinto a los productos sobre la base de procesos y métodos de producción (PMP) no relacionados con el producto es compatible con el principio de no discriminación. Un ejemplo de esta práctica sería el trato diferente dado a los productos según la fuente de energía utilizada en el proceso de fabricación, concretamente como cuando se aplica a un juguete de plástico en cuya fabricación se ha utilizado electricidad "limpia" un impuesto al valor añadido (IVA) más bajo que el aplicado al mismo juguete fabricado con electricidad de otras fuentes.

Algunos afirman que dar a los productos con PMP que minimizan las externalidades negativas un trato distinto al concedido a los productos con PMP que no las minimizan es compatible con el principio de no discriminación (Potts, 2008). Otros sostienen que políticas como éstas son incompatibles con el principio de no discriminación, porque no se concede un trato igual a productos similares. Según este argumento, la utilización de PMP diferentes no justifica que se den tratos distintos a productos que, por lo demás, son físicamente idénticos. Muchos equiparan esta discriminación a la "imposición por los países más ricos de sus criterios ambientales y sociales al resto del mundo".¹⁷ Desde un punto de vista jurídico, el debate gira en torno al significado del término "productos similares", que aparece en varias disposiciones del GATT.

El análisis de las similitudes entre dos productos debe hacerse caso por caso. Los cuatro criterios que se han considerado para esta determinación son los siguientes:

- propiedades, naturaleza y calidad de los productos
- usos finales de los productos
- gustos y hábitos de los consumidores
- clasificación arancelaria de los productos¹⁸

Los que tratan de justificar el trato diferenciado por referencia a los procesos y métodos de producción no relacionados con el producto harán valer probablemente que, en el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación examinó los riesgos para la salud derivados de las fibras de amianto crisotilo en su análisis de las propiedades de los productos (informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 135 y 136). Se ha sugerido, por analogía, que las distinciones basadas en los PMP podrían tenerse en cuenta también en el análisis de las similitudes, por ejemplo las referentes a los gustos y hábitos de los consumidores, si los consumidores ven una diferencia entre los productos que minimizan las externalidades negativas y los que no las minimizan.

Algunos comentaristas creen que las decisiones del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos - Camarones* y *CE - Amianto* corroboran la idea de que el GATT permite la diferenciación basada en los PMP (Charnovitz, 2002; Halle, 2007). Otros, en cambio, entienden que las diferencias de los PMP no hacen necesariamente desemejantes a los productos. Los que sustentan esta opinión señalan que los dos productos tienen las mismas propiedades, usos finales y clasificación arancelaria, aunque sus PMP se diferencien, y se remiten a la constatación del Grupo Especial del GATT que se ocupó del asunto *Atún II*, según la cual "el artículo III requiere que se realice una comparación entre el trato otorgado a los *productos* nacionales y el otorgado a los

productos importados similares, y no una comparación de las políticas o prácticas del país de origen con aquellas del país de importación" (informe del Grupo Especial del GATT, *Atún II*). Cabe observar, no obstante, que este informe del Grupo Especial se remonta al año 1994 y no fue adoptado por las PARTES CONTRATANTES, lo que significa que no fue nunca jurídicamente vinculante.

Etiquetado (Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio)

Un Miembro de la OMC podría tratar de mejorar la gestión de ciertas externalidades negativas imponiendo el "etiquetado ecológico" de los productos (véase la sección D.4). Una etiqueta ecológica es un instrumento de política destinado a facilitar información a los consumidores sobre los efectos de un producto (incluidos sus PMP) en el medio ambiente y el desarrollo sostenible (Staffin, 1996; Chalifour, 2000). La justificación del etiquetado ecológico es que los consumidores elegirán de ordinario aquellos productos cuyas externalidades negativas estén mejor gestionadas, obligando así a los productores poco atentos al medio ambiente a ajustar sus productos y PMP para abordar mejor esas externalidades (Staffin, 1996; Chalifour, 2000).

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) regula la utilización de reglamentos técnicos y normas voluntarias de productos. Según la definición del Acuerdo, un reglamento técnico es un documento en el que se establecen "las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellos relacionados". Las normas se definen en términos similares. No obstante, en la segunda frase de ambas definiciones figura una referencia a las prescripciones en materia de etiquetado "aplicables a un producto, proceso o método de producción". El hecho de que en esta segunda frase se omita la palabra "relacionados" deja cierto margen, en opinión de algunos, "para que el Acuerdo OTC abarque el etiquetado de procesos o métodos de producción que no estén relacionados con productos (es decir, los denominados 'PMP no incorporados', que no dejan huellas en el producto final)". (OMC y PNUMA, 2009)

Cuando una etiqueta ecológica esté regulada por el Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC deberán asegurarse de que se aplique de manera no discriminatoria a los productos similares importados (párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC). Además, los Miembros deberán asegurarse de que no se elaboren, adopten o apliquen etiquetas ecológicas que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional (párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC). El párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC expresa una preferencia por la utilización de normas internacionales como base de los reglamentos técnicos, cuando existan esas normas o sea inminente su formulación definitiva. Según el párrafo 5 de este mismo artículo, siempre que un reglamento técnico esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional. Sin embargo, los Miembros no están obligados a utilizar normas internacionales cuando esas normas sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.

Medidas sanitarias y fitosanitarias (Acuerdo MSF)

El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) reconoce que los Miembros de la OMC tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo MSF). No obstante, el Acuerdo MSF impone cierto número de condiciones al ejercicio de este derecho.

En primer lugar, las MSF sólo deben aplicarse cuando sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, han de estar basadas en principios científicos y no deben mantenerse sin testimonios científicos suficientes (párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF). En segundo lugar, las MSF no deben discriminar de manera arbitraria o injustificable entre Miembros de la OMC en los que prevalezcan condiciones idénticas o similares (párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF). Por último, los Miembros pueden basar sus MSF en normas internacionales (párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF). Se considerará que las MSF que estén en conformidad con normas internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT (párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF). Los Miembros podrán establecer medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas internacionales, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado (párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF).

Según el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo MSF, se considerará que las MSF conformes a las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF están en conformidad con la excepción del apartado b) del artículo XX. En el contexto del comercio de recursos naturales, el Acuerdo MSF proporciona a los Miembros de la OMC un mecanismo para limitar, o incluso prohibir, la importación de ciertos productos de recursos naturales nocivos sin incumplir las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC. Ello podría incluir, por ejemplo, la prohibición de importar ciertos productos forestales que contendrían probablemente especies invasoras como el añublo del castaño, la enfermedad holandesa del olmo o el escarabajo asiático de antenas largas (Chalifour, 2000; Hughes, 2010).

Cargas equivalentes a un impuesto interno sobre los insumos

El artículo II del GATT permite a los Miembros de la OMC imponer una carga equivalente a un impuesto interno a la importación de cualquier producto. Las cuestiones relativas a la interpretación de ésta y otras disposiciones del GATT se han debatido en relación con la tasa del carbono (OMC y PNUMA, 2009).

Excepciones que permiten conductas por lo demás incompatibles con la OMC (artículo XX del GATT)

La OMC reconoce que un Miembro, en determinadas circunstancias, puede verse en la necesidad de actuar de un modo incompatible con sus obligaciones, para gestionar externalidades negativas, tales como efectos negativos en el medio ambiente. En lo tocante al comercio de recursos naturales, las "excepciones" más pertinentes figuran en el artículo XX del GATT.¹⁹ Para un Miembro que desee gestionar una externalidad negativa aplicando una medida incompatible con la OMC, las disposiciones más pertinentes del artículo XX son las contenidas en los apartados b), d) y g). El apartado g) se ha examinado anteriormente en la sección E.1 b) ii); los apartados b) y d) se examinan a continuación.

El apartado b) del artículo XX permite la adopción de medidas que sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Cuando invoque el apartado b) del artículo XX, el Miembro debe demostrar primero que la política en que se basa la medida en cuestión está comprendida en el grupo de políticas destinadas a proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. A continuación, debe demostrar que la medida incompatible era necesaria para alcanzar el objetivo de política.

Respecto de la primera cuestión, suele suceder que las partes en una diferencia convengan en que la política en cuestión está destinada a proteger la vida de las personas o de los animales, y por consiguiente está comprendida en las disposiciones del apartado b) del artículo XX.²⁰ Cuando las partes no se ponen de acuerdo, el grupo especial lleva a cabo una evaluación del presunto riesgo y determina si la política en cuestión está destinada a proteger la vida de las personas o de los animales de este riesgo. Por ejemplo, en el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación de la OMC confirmó una constatación del Grupo Especial en el sentido de que "los elementos de prueba de que dispone demuestran la existencia de un riesgo para la salud en los casos de manejo de productos de crisotilo-cemento (...)" y que, por consiguiente "las CE han demostrado que la política de prohibición del amianto crisotilo puesta en práctica por el Decreto pertenece al grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas" (párrafos 8.193 y 8.194).

Respecto de la segunda cuestión, en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación declaró que, para determinar si una medida es "necesaria" en el sentido del apartado b) del artículo XX, era preciso evaluar "todos los factores pertinentes, en especial el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego" (párrafo 156). El Órgano de Apelación añadió que una medida será "necesaria" cuando sea "adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo" (informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151). Marceau y Wyatt (2009) aducen que la prueba practicada por el Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* "parece menos estricta en lo tocante a la relación requerida entre las medidas adoptadas y el objetivo de política perseguido, con lo que deja más margen de actuación para las medidas de protección del medio ambiente, entre otras cosas". Estos autores sugieren además que esto significa que el apartado b) permite una flexibilidad similar a la que deja el apartado g), concerniente a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables.²¹

El apartado d) del artículo XX permite adoptar medidas que sean necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT. Para que una medida por lo demás incompatible con el GATT de 1994 se justifique al amparo del apartado d) del artículo XX, debe demostrarse primero que la medida está destinada a lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean en sí incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994 (informe del Órgano de Apelación, *México - Refrescos y otras bebidas*, párrafo 67). La expresión "de las leyes y de los reglamentos" se ha interpretado en el sentido de que abarca normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno de un Miembro de la OMC, incluidas las dimanantes de acuerdos internacionales que hayan sido incorporadas al ordenamiento jurídico interno de un Miembro de la OMC o surtan un efecto directo de conformidad con el ordenamiento jurídico de ese Miembro. Al tiempo que se llegaba a esta conclusión, se señaló el problema de que una interpretación contraria significaría que los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación se convertirían en órganos jurisdiccionales que entenderían en diferencias ajenas a la OMC (informe del Órgano de Apelación, *México - Refrescos y otras bebidas*, párrafos 78 y 79).

El requisito de que las medidas permitan "lograr la observancia" se debatió en el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Gasolina*, que tenía que determinar si los métodos empleados por los Estados Unidos para evaluar la composición y los efectos de emisión de la gasolina importada eran medidas necesarias para "lograr la observancia" de una ley o reglamento en el sentido del apartado d) del artículo XX. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que estos métodos no estaban destinados a lograr la observancia de una ley o reglamento porque "no eran un mecanismo de aplicación, sino simplemente reglas para determinar las líneas de base individuales" (párrafo 6.33). En relación con el segundo elemento del apartado d) del artículo XX –que la medida sea "necesaria" para lograr la observancia– el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Tailandia - Cigarrillos* sostuvo que la palabra "necesarias" tenía el mismo significado en el apartado d) del artículo XX que en el apartado b) (párrafo 74).

Se ha sugerido que el apartado d) podría invocarse para justificar las restricciones a la importación de madera extraída ilegalmente, porque cabría alegar que las restricciones tenían por objeto lograr la observancia de las leyes forestales. Una dificultad estriba en que de ordinario se entiende que el apartado d) del artículo XX rige para las medidas destinadas a aplicar la legislación interna del Miembro de la OMC que impone la restricción a las importaciones. En otras palabras, las medidas de aplicación y las leyes y reglamentos aplicados son imputables a un mismo Miembro. En cambio, en el ejemplo de la madera extraída ilegalmente es el Miembro importador el que aplicaría la restricción de las importaciones, para lograr la observancia de la ley forestal del Miembro exportador (Brack, 2009).

Subvenciones para gestionar las externalidades (Acuerdo SMC)

Según el artículo 8 del Acuerdo SMC, algunas medidas de asistencia gubernamental, como la asistencia a la investigación y el desarrollo y la asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales, no son recurribles (es decir, no se pueden impugnar en la OMC ni ser objeto de medidas compensatorias). No obstante, esta disposición expiró en 1999 y no ha vuelto a entrar en vigor.

El Acuerdo SMC puede influir también en la capacidad de los Miembros de la OMC de proporcionar a usuarios nacionales

acceso a los recursos naturales a cambio de que esos usuarios se comprometan a recolectar o extraer los recursos naturales de un modo que minimice las externalidades negativas. Por ejemplo, en un caso de impugnación de una medida compensatoria en la OMC, la parte reclamante alegó que la madera en pie suministrada a los usuarios nacionales no debía considerarse una subvención porque el precio reflejaba "varias obligaciones de ordenación forestal y otros costos en especie relacionados con la construcción de carreteras o la silvicultura" (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 7.15).

Se ha discutido si podría invocarse el artículo XX del GATT para justificar una medida que fuera contraria al Acuerdo SMC o a otros acuerdos que regulan el comercio de mercancías. Algunos consideran que el texto del artículo XX –y en particular la expresión "ninguna disposición del presente Acuerdo"– establece claramente que esta disposición sólo podrá invocarse para justificar medidas que sean incompatibles con el GATT. Otros creen que hay margen para aplicar el artículo XX a otros acuerdos que regulan el comercio de mercancías, como el Acuerdo SMC; quienes así opinan ven respaldada su opinión por una reciente decisión del Órgano de Apelación según la cual puede invocarse el artículo XX en relación con una determinada disposición del Protocolo de Adhesión de China (Pierola, 2010).

Licencias de importación

Las licencias de importación se utilizan en ocasiones para controlar la importación de productos con fines de conservación. Por ejemplo, las especies en peligro de animales y plantas silvestres reguladas por la Convención sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) sólo pueden importarse en circunstancias excepcionales y con permiso de importación. Algunos países han adoptado regímenes de licencias de importación para controlar la importación de determinados productos forestales (Brack, 2009). El Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación de la OMC, puede ser pertinente en estos casos. El Acuerdo dispone que el trámite de las licencias de importación debe ser sencillo, transparente y previsible, prevé la publicación de información que permita a los comerciantes saber cómo y por qué se conceden las licencias y prescribe la obligación de hacer notificaciones a la OMC. Además, el Acuerdo imparte orientaciones sobre la forma en que los gobiernos deben evaluar las solicitudes de licencia.

Contratación pública

Algunos Miembros de la OMC imponen condiciones a los contratos de adquisición de sus entidades públicas centrales y subcentrales, como medio de minimizar algunas externalidades internacionales, por ejemplo las consecuencias negativas para el medio ambiente que se derivan de algunas prácticas. Brack (2009), por ejemplo, observa que varios países exigen que los productos madereros comprados por entidades del sector público procedan de actividades de extracción legales y sostenibles. El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es plurilateral, lo que significa que sólo rige para los países y territorios aduaneros que son partes en él. Además, las obligaciones previstas en el ACP sólo se aplican a las entidades y sectores públicos que la parte correspondiente haya incluido en su Lista de compromisos. Brack (2009) observa que varios consumidores importantes de madera son Partes en el ACP, pero no así muchos de los principales productores.

El ACP prescribe obligaciones de apertura, no discriminación y transparencia para las entidades y sectores a que se refieren sus disposiciones. Por ejemplo, con respecto a las adquisiciones comprendidas en las disposiciones del ACP, las Partes están obligadas a conceder a los productos, servicios y proveedores de cualquier otra Parte en el Acuerdo un trato "no menos favorable" que el que conceda a los productos, servicios y proveedores nacionales (párrafo 1 a) del artículo III). Además, las Partes no pueden discriminar entre las mercancías, servicios y proveedores de las demás partes (párrafo 1 b) del artículo III). Asimismo, cada Parte debe asegurarse de que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y de que sus entidades no ejerzan discriminación contra proveedores establecidos en su territorio por razón del país de producción del producto o servicio suministrado (párrafo 2 del artículo III).

El ACP también prohíbe las compensaciones, como pueden ser las medidas para promover el desarrollo local o mejorar las cuentas de la balanza de pagos mediante el contenido nacional, las licencias de tecnología, los requisitos para la inversión, el comercio de compensación u otras prescripciones análogas. El artículo VI del ACP autoriza las especificaciones técnicas que determinen las características de los productos o servicios que deban adquirirse, incluidos los procesos y métodos de su producción, siempre y cuando dichas especificaciones no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. El artículo XXIII establece varias excepciones, una de las cuales atañe a las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales, y para preservar los vegetales.

El texto revisado del ACP (GPA/W/297), que todavía no ha entrado en vigor, contiene disposiciones relativas específicamente a cuestiones medioambientales. Por ejemplo, el párrafo 6 del artículo X permitirá a las Partes, incluidas sus entidades contratantes, preparar, adoptar o aplicar especificaciones técnicas con el fin de promover la conservación de los recursos naturales o proteger el medio ambiente. El párrafo 9 de este mismo artículo dispone que los criterios de evaluación establecidos en el anuncio o en el pliego de condiciones podrán comprender las características medioambientales.

Brack (2009) explica que ciertas políticas gubernamentales en materia de contratación pública permiten utilizar planes privados de certificación para demostrar que los productos madereros cumplen los criterios contractuales. Este autor sostiene que la certificación de las principales instituciones internacionales (el Consejo de Administración Forestal y el Programa para el Reconocimiento de los Sistemas de Certificación Forestal) ha demostrado ser el modo más fácil de cumplir los criterios de contratación pública, y en el segundo caso ha promovido el mercado de la madera certificada. A su juicio, el empleo de estos sistemas de certificación es compatible con el ACP, cuando se permiten otras formas equivalentes de comprobación.

(iv) *Las normas comerciales y el dominio de los mercados de recursos naturales*

Sistemas de doble precio

Los acuerdos de doble precio establecen diferencias de precios entre los mercados nacionales y los de exportación.

Esto puede hacerse, por ejemplo, mediante la imposición de gravámenes a la exportación, restricciones cuantitativas de las exportaciones o monopolios del Estado. Asimismo, es posible establecer administrativamente un precio interno máximo más bajo que el precio de exportación. El doble precio es un medio eventual de diversificar la estructura de la producción nacional o la base de exportaciones. Estas políticas pueden plantear problemas en la OMC. Cuando se establecen precios dobles mediante limitaciones de la exportación, por ejemplo, esas limitaciones podrían resultar incompatibles con las obligaciones estipuladas en el artículo XI del GATT.

El Acuerdo SMC puede ser pertinente a este respecto. Como se ha indicado anteriormente, el Acuerdo SMC define las subvenciones como contribuciones financieras de un gobierno con las cuales se otorga un beneficio. Los Miembros de la OMC que adoptan políticas de doble precio pueden ser acusados de subvencionar a sus productores nacionales mediante el suministro de insumos a precios rebajados. Ripinsky (2004) ha sostenido que un programa de doble precio podría considerarse equivalente a la práctica de un gobierno de proporcionar bienes o servicios, que contempla el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

En 2000, el Canadá impugnó ante un Grupo Especial de la OMC la práctica estadounidense de tratar las limitaciones a la exportación como una "contribución financiera" en el marco de las investigaciones sobre derechos compensatorios contra importaciones presuntamente subvencionadas. El Canadá alegó que el régimen de derechos compensatorios de los Estados Unidos consideraba erróneamente las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras en forma de un suministro de bienes encomendado y ordenado por el gobierno a una entidad privada, en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos adujeron que las limitaciones a la exportación podían constituir, ciertamente (por lo menos en determinadas circunstancias), un suministro de bienes encomendado u ordenado por un gobierno a una entidad privada.

El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras era incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y rechazó el argumento estadounidense según el cual, como una limitación de las exportaciones provoca el aumento del suministro nacional del producto objeto de la limitación, es lo mismo que si un gobierno encomienda u ordena expresamente a una entidad privada que proporcione el producto al mercado nacional. No obstante, el Grupo Especial insistió en que sus conclusiones se referían a una limitación de las exportaciones tal y como la había definido el Canadá en el contexto de la diferencia considerada, o sea una medida en frontera que limita expresamente la cantidad de las exportaciones o establece condiciones explícitas para las circunstancias en que se autoricen las exportaciones, o bien toma la forma de un gravamen o impuesto sobre las exportaciones del producto, calculado de manera que limite la cantidad de las exportaciones (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafos 8.19, 8.75 y 8.76).

Otra cuestión es la de saber si el suministro de bienes a precios contenidos confiere un beneficio. El apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC dispone que, para conferir un beneficio, el bien debe suministrarse a una remuneración inferior a la adecuada. Según esta disposición, la adecuación de la remuneración se determinará en relación con las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro.

En los países donde se practican precios dobles, puede ocurrir que el gobierno sea el proveedor predominante del bien. En el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV*, en el que los gobiernos provinciales del Canadá eran los proveedores predominantes de madera en pie, el Órgano de Apelación constató que "es probable que (el gobierno) pueda afectar, a través de su propia estrategia de fijación de precios, a los precios de los proveedores privados de esos bienes induciéndoles a ajustar sus precios hasta el punto de que haya escasa diferencia, si acaso alguna, entre el precio del gobierno y los precios privados" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafos 101 y 103). En tales circunstancias, el Órgano de Apelación consideró que podría ser necesario verificar los precios privados en otro mercado para determinar adecuadamente el nivel del beneficio conferido.²²

Aunque el suministro de bienes a precios rebajados con un programa de doble precio equivaliera a una subvención, algunos autores afirman que no sería una subvención recurrible porque no cumpliría el requisito de especificidad contemplado en el artículo 2 del Acuerdo SMC (Quick, 2009; Benitah, 2010). Se alega que no es probable que un sistema de doble precio proporcione subvenciones específicas *de jure* porque, en la mayoría de los casos, "el producto de bajo precio ... suele estar disponible en la economía del gobierno que proporciona la subvención (o sea, disponible sin limitación para todos los usuarios)" (Marceau, 2010a; Marceau, 2010b).

El párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC enumera cuatro factores que podrían tenerse en cuenta para determinar si una subvención que no es específica *de jure* puede serlo en su aplicación (es decir, *de facto*). Estos factores son los siguientes: i) la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas; ii) la utilización predominante de ese programa por determinadas empresas; iii) la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas; y iv) la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención. La medida en que un determinado programa de doble precio prevea subvenciones que respondan a uno cualquiera de estos criterios es un dato de hecho pertinente para el programa de que se trate.

Canuto y Finenberg (2003) señalan que durante las negociaciones de la Ronda Uruguay se incluyó una disposición relativa específicamente a la práctica del doble precio de los insumos suministrados por el gobierno en uno de los borradores iniciales del Acuerdo SMC. La disposición, que se incluyó en un proyecto de artículo 14, de noviembre de 1990, decía lo siguiente:

"Cuando el Estado sea el único proveedor o comprador del bien o servicio de que se trate, no se considerará que la provisión o compra de tal bien o servicio confieren un beneficio a menos que el Estado discrimine entre los usuarios o proveedores del bien o servicio. Al determinar si existe discriminación no se tendrán en cuenta las diferencias de trato entre los usuarios o proveedores de tales bienes o servicios, que se deban a consideraciones comerciales normales."

Esta disposición fue suprimida en un borrador de negociación de diciembre de 1991.

La excepción relativa a las cantidades indispensables (apartado i) del artículo XX del GATT)

El apartado i) del artículo XX permite la imposición de restricciones a la exportación de materias primas nacionales, por lo demás incompatibles con la OMC, cuando estas restricciones sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización. No obstante, esas restricciones no han de tener como consecuencia "aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma [ni ir] en contra de las disposiciones del [GATT] relativas a la no discriminación". Esta excepción fue propuesta por Nueva Zelanda en el período de sesiones del Comité Preparatorio celebrado en Ginebra en 1947, con la finalidad de:

"... prever el caso de países que, como Nueva Zelanda, mantenían con carácter permanente una política basada en programas de estabilización de los precios que abarcaban, en general, toda su economía. Cualquier país que, como Nueva Zelanda, estabilizara el nivel general de sus precios, se encontraría con el problema de que el precio mundial de ciertos productos, en particular el de las materias primas que exportara, era considerablemente más alto que el precio interno estabilizado de esos productos" (*Índice Analítico del GATT*, página 653).

Como ejemplo del carácter necesario de esta disposición, Nueva Zelanda mencionó la venta del cuero a sus usuarios internos a un precio muy inferior al del mercado mundial. Explicó que, en estas circunstancias, era necesario garantizar, mediante el control de las exportaciones, que se pudiera satisfacer la demanda nacional de cuero, porque de lo contrario no lo habría para atender al mercado nacional, o bien sería necesario dejar que el precio interno del cuero subiera hasta alcanzar el del mercado mundial (*Índice Analítico del GATT*, página 653).

No obstante, en su informe de 1950, el Grupo de Trabajo que se ocupó del empleo de restricciones cuantitativas con fines de protección u otros fines de carácter comercial observó que el apartado i) del artículo XX "no permitía la imposición de restricciones a la exportación de una materia prima a fin de proteger o promover una rama de la producción nacional, sea mediante la concesión a esa rama de la producción de una ventaja en relación con los precios para la compra de los materiales que necesitara, o mediante la reducción de la oferta de esos materiales a los competidores extranjeros, o a través de otros medios" (*Índice Analítico del GATT*, página 654).

Parte IV del GATT: Comercio y desarrollo

En 1965 se añadieron los artículos XXXVI, XXXVII y XXXVIII al GATT de 1947, constituyendo la Parte IV, titulada *Comercio y desarrollo*.²³ Varias disposiciones previstas en estos artículos tratan de la cuestión del predominio. El artículo XXXVI define el principio y los objetivos de la Parte IV y reconoce la necesidad de "asegurar un aumento rápido y sostenido de los ingresos de exportación de [los Miembros

poco desarrollados]". El párrafo 5 de este artículo se refiere a la capacidad de obtener ingresos de exportación de los Miembros poco desarrollados y trata directamente de la cuestión del predominio:

"La expansión rápida de las economías de [los Miembros poco desarrollados] se facilitará mediante la diversificación* de la estructura de dichas economías y evitándose que dependan excesivamente de la exportación de productos primarios. Por consiguiente, es necesario asegurar en la medida más amplia posible, y en condiciones favorables, un mejor acceso a los mercados para los productos transformados y los artículos manufacturados cuya exportación ofrece o puede ofrecer un interés especial para [los Miembros poco desarrollados]."

El concepto "diversificación" viene definido del modo siguiente en la nota al artículo XXXVI:

"Un programa de diversificación abarcaría, en general, la intensificación de las actividades de transformación de los productos primarios y el desarrollo de las industrias manufactureras, teniendo en cuenta la situación [del Miembro] considerad[o] y las perspectivas mundiales de la producción y el consumo de los distintos productos."

El alcance y funcionamiento de la Parte IV del GATT fueron examinados en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Reintegros por las exportaciones de azúcar*. El reclamante en este caso, que era el Brasil, alegó que el sistema de las Comunidades Europeas para conceder reintegros por las exportaciones de azúcar era incompatible con los compromisos contraídos en virtud del artículo XXXVI del GATT. Las Comunidades Europeas adujeron que el Brasil no podía basar su reclamación únicamente en el artículo XXXVI del GATT porque "las disposiciones de [este] artículo constituían principios y objetivos y no podía interpretarse que crearan obligaciones precisas y específicas" (párrafo 2.28). El Grupo Especial del GATT rechazó este argumento afirmando que los Miembros en desarrollo podían esperar beneficiarse de las ventajas definidas en el artículo XXXVI del GATT (párrafo 4.30). A partir de esta interpretación, los Miembros en desarrollo podrían invocar el artículo XXXVI en favor de los intentos de diversificación de sus economías, con miras a afrontar la cuestión del predominio.

El artículo XXXVI reconoce la necesidad de "realizar esfuerzos positivos" y de adoptar medidas "tanto individual como colectivamente" a fin de que los países en desarrollo puedan compartir el crecimiento del comercio internacional y promover su desarrollo económico. Un resultado de ello fueron las Conclusiones Convenidas de la Comisión Especial de Preferencias, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); en estas Conclusiones se reconoció que el trato arancelario preferencial concedido en el marco de un sistema generalizado de preferencias era fundamental para: "a) aumentar los ingresos de exportación de los países en desarrollo; b) promover su industrialización; y c) acelerar su ritmo de crecimiento económico" (párrafo I.2). Con miras al logro de esos objetivos, las PARTES CONTRATANTES del GATT adoptaron la Decisión de Exención de 1971 que tuvo como efecto la exención, durante un período de 10 años, de las obligaciones del artículo I del GATT de 1947 con respecto

a la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo.

En 1979, las PARTES CONTRATANTES adoptaron la Decisión sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (la "Cláusula de Habilidadación"), que hizo permanente la exención prevista en la Decisión de Exención de 1971. En la actualidad, la Cláusula de Habilidadación forma parte del GATT de 1994 y, por consiguiente, de los Acuerdos de la OMC.

El tema de la Cláusula de Habilidadación fue examinado por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *CE - Preferencias arancelarias*. Al considerar la obligación de conceder el trato NMF a la India, impuesta a las Comunidades Europeas por el artículo I del GATT, el Órgano de Apelación sostuvo que la Cláusula de Habilidadación:

"... exime a los Miembros de la necesidad de cumplir la obligación contenida en el párrafo 1 del artículo I con el fin de otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, con la condición de que ese trato esté de acuerdo con las condiciones estipuladas en la Cláusula de Habilidadación. En ese sentido, la Cláusula de Habilidadación funciona como una 'excepción' al párrafo 1 del artículo I" (párrafo 90).

Además, el Órgano de Apelación de la OMC interpretó la nota 3 de pie de página al párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilidadación, que exige que todo trato arancelario preferencial concedido de conformidad con la Cláusula de Habilidadación lo sea "sin discriminación". El Órgano de Apelación determinó que la expresión "sin discriminación" no debía interpretarse en el sentido de que los países que conceden preferencias concedan preferencias arancelarias idénticas a todos los países en desarrollo (párrafo 155), sino que más bien autorizaba a los países que conceden preferencias "a 'responder positivamente' a 'necesidades' que no sean necesariamente comunes a todos los países en desarrollo o no sean compartidas por todos ellos". Así pues, los Miembros desarrollados podían asignar aranceles distintos a productos originarios de diferentes beneficiarios, siempre y cuando este trato arancelario diferenciado cumpliera las restantes condiciones de la Cláusula de Habilidadación. No obstante, "en virtud de la expresión 'sin discriminación', los países que conceden preferencias están obligados ... a garantizar la posibilidad de un trato idéntico a todos los beneficiarios del SGP que se hallan en una situación similar, es decir, a todos los beneficiarios del SGP que tienen las 'necesidades de desarrollo, financieras y comerciales' a las que se pretende dar respuesta con el trato en cuestión" (párrafo 173).

Muchos Miembros de la OMC han aplicado programas preferenciales de conformidad con la Parte IV del GATT de 1994 y con la Cláusula de Habilidadación (Wang, 2005).²⁴ En el *Informe sobre el Comercio Mundial* de 2007 figura un amplio examen de la eficacia de esos programas, y una descripción de algunas de las otras medidas que podrían adoptarse de conformidad con las disposiciones que prevén el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.

(v) Las normas comerciales y la volatilidad

Acuerdos internacionales sobre productos básicos (apartado h) del artículo XX del GATT)

La estabilización de los precios era uno de los principales objetivos de los acuerdos internacionales sobre productos básicos negociados entre países proveedores y países consumidores. El apartado h) del artículo XX contempla una excepción específica para las medidas adoptadas en cumplimiento de acuerdos internacionales sobre productos básicos. Más concretamente, el apartado prevé una excepción para las medidas "adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobados por ellas o de un acuerdo sometido a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobado por éstas".

La nota al apartado h) del artículo XX añade que "[l]a excepción prevista en este apartado se extiende a todo acuerdo sobre un producto básico que se ajuste a los principios aprobados por el Consejo Económico y Social en su Resolución N° 30 (IV) de 28 de marzo de 1947". Esta resolución pedía la creación de un comité provisional de coordinación para los acuerdos internacionales sobre productos básicos, y que los Estados miembros de las Naciones Unidas adoptasen los principios enunciados en el Capítulo VII de la Carta de La Habana como guía general para la acción internacional respecto de los problemas de los productos básicos (véase la subsección 2 *infra*).

No se ha notificado oficialmente ningún acuerdo sobre productos básicos de conformidad con el apartado h) del artículo XX, ni se ha impugnado nunca en un procedimiento de solución de diferencias del GATT/OMC ninguna medida tomada en cumplimiento de un acuerdo internacional sobre productos básicos (*Índice Analítico del GATT*, página 653). Es posible que actualmente esta disposición no sea muy pertinente, por lo menos para los sectores de recursos naturales a que se refiere el presente informe. A continuación se examinan otros instrumentos de derecho internacional.

2. Otras normas de derecho internacional, y los recursos naturales

La OMC está inserta en un marco mucho más amplio de cooperación internacional. Muchos aspectos de los recursos naturales están regulados por normas de derecho internacional ajenas a la OMC. Algunas normas internacionales se derivan del derecho internacional consuetudinario, gran parte del cual fue codificado en forma de acuerdos internacionales en la segunda mitad del siglo XX.

(a) La relación entre los Acuerdos de la OMC y otras normas de derecho internacional

Los Acuerdos de la OMC son tratados y, en esta condición, están regulados por las normas internacionales sobre los tratados codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Abi-Saab, 2005). Al mismo tiempo, la OMC es una organización internacional y su personalidad internacional depende también del derecho internacional

general. Como explicó el Director General de la OMC Pascal Lamy, "Las normas de la OMC no son jerárquicamente superiores ni inferiores a ninguna otra norma (con excepción del *jus cogens*)" (Lamy, 2007).

Algunas disposiciones de los Acuerdos de la OMC hacen referencia expresa a otros acuerdos internacionales. En estas circunstancias, la relación entre la OMC y el derecho internacional general es más directa. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio incluye expresamente varias disposiciones del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1967. En consecuencia, estas disposiciones son vinculantes para todos los Miembros de la OMC y están sometidas al sistema de solución de diferencias de la Organización, como sucedió en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*. Otro ejemplo es la excepción contemplada en el artículo XX del GATT para las medidas adoptadas de conformidad con ciertos acuerdos internacionales sobre productos básicos.

Algunos observadores han expresado su preocupación por la posibilidad de que las medidas relacionadas con el comercio que se adopten de conformidad con otros acuerdos internacionales, en particular los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, puedan impugnarse en la OMC por razón de incompatibilidad con las obligaciones dimanantes de los Acuerdos de la Organización. Esta cuestión ha sido debatida en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la OMC. El CCMA señaló que sólo una veintena de los aproximadamente 250 acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en vigor incluyen disposiciones relativas al comercio.²⁶ Esto ha hecho que algunos sostuvieran que "la dimensión del problema no debe exagerarse".

Otra asunto que suscitó gran atención en el debate acerca de la relación entre la OMC y otros acuerdos internacionales es la medida en que el derecho internacional es aplicable a los litigios sometidos a la OMC. Es un hecho generalmente aceptado que sólo las reclamaciones presentadas en relación con los Acuerdos de la OMC pueden ser objeto del sistema de solución de diferencias de la Organización (Van Damme, 2009). Esto significa que un Miembro de la OMC no puede someter una diferencia a la Organización alegando un incumplimiento de otro acuerdo internacional o del derecho internacional general, salvo que esas obligaciones se hayan incorporado en los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, no está tan clara la medida en que los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden aplicar acuerdos distintos de los de la OMC o el derecho internacional general cuando conozcan de una diferencia relativa a uno de los Acuerdos de la Organización.

Se ha sugerido que el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC no establece una delimitación explícita del derecho aplicable en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC (Van Damme, 2009). El párrafo 2 del artículo 3 del ESD dispone que una de las funciones del sistema de solución de diferencias de la OMC es "aclarar las disposiciones vigentes [de los acuerdos abarcados] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". El Órgano de Apelación de la OMC entiende que la referencia a "las normas usuales de interpretación del derecho internacional público" incluye las normas codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En referencia a esta cuestión, el Órgano de Apelación hizo la declaración tantas veces citada de que el GATT de 1994 "no debe leerse ... aislándolo clínicamente del derecho internacional público" (*Estados Unidos - Gasolina*).

Casi todos están de acuerdo en que las normas de interpretación codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena son aplicables al sistema de solución de diferencias de la OMC. Pero hay considerables discrepancias en cuanto a que este sistema deje margen para aplicar normas de derecho internacional que no sean las codificadas en los artículos 31 y 32.

La norma general de interpretación establecida en el artículo 31 dice lo siguiente: "Un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 dispone que, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta "toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Algunos observadores piensan que este apartado abre las puertas a la posibilidad de que una instancia arbitral de la OMC se remita a otros acuerdos internacionales o al derecho internacional general cuando interprete disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Aquí habría que determinar si sólo los litigantes, o bien todos los Miembros de la OMC, deben ser partes en el otro acuerdo internacional para que éste sea pertinente de conformidad con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31.

El Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* opinó que, para que un acuerdo internacional sea pertinente de conformidad con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31, todos los Miembros de la OMC deberían ser partes en él. Esta opinión del Grupo Especial ha suscitado las críticas de algunos círculos académicos (Howse, 2008) y del Relator del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, quien dejó escrito que el criterio del Grupo Especial "hace prácticamente imposible encontrar un contexto multilateral en el que se permitiría remitirse a otros tratados multilaterales para contribuir a la interpretación con arreglo al apartado c) del párrafo 3 del artículo 31" (Comisión de Derecho Internacional, 2006).

En ocasiones, el Órgano de Apelación ha tratado de orientarse por otros acuerdos internacionales o por el derecho internacional general al interpretar disposiciones de los Acuerdos de la OMC. En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, por ejemplo, el Órgano de Apelación se remitió a varios instrumentos internacionales sobre el medio ambiente al interpretar la expresión "recursos naturales agotables" del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. Basándose en el principio de la eficacia en la interpretación de un tratado, el Órgano de Apelación, en este mismo caso, recalcó la necesidad de interpretar la expresión "recursos naturales agotables" de manera evolutiva, observando que el artículo XX "no es 'estático' en su contenido o en sus referencias" (párrafo 130).²⁷

Es importante distinguir entre la situación de una instancia arbitral que trata de "orientarse" por fuentes más amplias de derecho internacional, como hizo el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, y aquella en la que otro tratado internacional o una norma del derecho internacional general se considera vinculante para los Miembros de la OMC que son partes en la diferencia.

Algunos ven poco o ningún margen para la aplicación de otros acuerdos internacionales o del derecho internacional general como normas vinculantes en la OMC (Marceau, 1999; Trachtman, 1999). Quienes así opinan ven su posición corroborada por la última frase del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, según la cual las resoluciones en los casos de

solución de diferencias "no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados". Otros, en cambio, ven cierto margen para la aplicación de normas internacionales externas en la OMC. Pauwelyn (2003) ha sostenido que, cuando una cuestión no esté regulada por los Acuerdos de la OMC, podría ser aplicable otro tratado internacional o una norma de derecho internacional general. Este autor observó también que puede haber circunstancias en las que un Miembro de la OMC sostenga que su conducta es conforme con otro acuerdo internacional, y esto podría constituir un argumento contra una reclamación en el sentido de que con esta conducta el Miembro incumple las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC.

El debate sobre la relación entre los Acuerdos de la OMC y otras normas de derecho internacional no ha concluido. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha señalado varios principios que pueden ser de utilidad para entender la relación existente entre diferentes normas internacionales (Comisión de Derecho Internacional, 2006). El propio Acuerdo sobre la OMC ofrece vías para que los Miembros puedan conciliar las obligaciones que les corresponden en el marco de la Organización con las de otros acuerdos internacionales. Si un Miembro de la OMC quiere dar preferencia a una obligación prevista en otro acuerdo internacional que puede entrar en conflicto con sus obligaciones en el marco de la Organización, podrá acogerse a una exención de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, evitando así cualquier incertidumbre en cuanto a la relación entre las dos obligaciones. Esto es lo que hicieron algunos Miembros de la OMC con respecto a ciertas medidas tomadas en el contexto de los esfuerzos internacionales por controlar el comercio de diamantes "de zonas en conflicto", en el llamado "Proceso de Kimberley" (véase la sección E.2 b) *infra*).

(b) El comercio de recursos naturales y las otras normas del derecho internacional

(i) Soberanía sobre los recursos naturales

La OMC no reglamenta la propiedad de los recursos naturales. Una parte importante del derecho internacional se ocupa de la soberanía sobre los territorios, masas terrestres, lagos, ríos y zonas oceánicas. Estas normas también son pertinentes para determinar qué Estado goza de soberanía sobre los recursos naturales presentes en esos territorios, masas terrestres y cursos de agua. Las reivindicaciones de soberanía de Estados sobre territorios y otras masas terrestres, así como los océanos y los fondos marinos, se han inspirado a menudo en el deseo de afirmar el control sobre los recursos naturales que puedan contener estas zonas.

Es un hecho universalmente aceptado que el subsuelo pertenece al Estado que goza de soberanía sobre la superficie (Brownlie, 2008). El Estado ejerce también soberanía sobre todas las aguas internas, como los lagos y ríos situados íntegramente dentro de su territorio, los mares cerrados y las bahías históricas. La soberanía se extiende a los lechos de los ríos o los lagos de cualquier curso de agua interno (Brownlie, 2008). Los derechos y obligaciones de los Estados en relación con los ríos o lagos ribereños de más de un Estado suelen estipularse en tratados.

Los Estados ribereños han proclamado su soberanía sobre la plataforma continental, que es una extensión de los fondos marinos que separa el lecho profundo de los océanos de la masa terrestre costera y, en términos geológicos, forma parte

del continente. En la plataforma continental puede haber importantes yacimientos de petróleo y de gas, y en sus fondos marinos se encuentran recursos pesqueros sedentarios (Brownlie, 2008).

La Convención sobre la Plataforma Continental, de 1958, reconoce que el "Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales" (párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre la Plataforma Continental). Este derecho es exclusivo y nadie puede explorar o explotar los recursos naturales de la plataforma continental sin el consentimiento expreso del Estado ribereño. Los mencionados recursos naturales son "los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias" (párrafo 4 del artículo 2 de la Convención sobre la Plataforma Continental). Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectan al régimen de las aguas suprayacentes (artículo 3 de la Convención sobre la Plataforma Continental).

Los Estados ribereños gozan de soberanía sobre su mar territorial, que comprende los fondos marinos y el subsuelo. Aunque la anchura del mar territorial fue debatida durante algún tiempo, actualmente la mayoría de los Estados ribereños reivindican un mar territorial de 12 millas, que es el límite establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (Brownlie, 2008). Algunos Estados reivindican también una zona pesquera de 200 millas (Brownlie, 2008). Un mayor número de Estados reivindican una zona económica exclusiva (ZEE) de 200 millas, que fue reconocida en la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (artículo 57).

Dentro de la ZEE, los Estados ribereños gozan de "[d]erechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos" (artículo 56 de la Convención sobre el Derecho del Mar). Los Estados ribereños también tienen jurisdicción, dentro de sus ZEE, con respecto a la protección y preservación del medio marino (artículo 56 de la Convención sobre el Derecho del Mar).

La alta mar está "abierta a todas las naciones" y "ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía" (artículo 2 de la Convención sobre la Alta Mar). Así pues, la libertad de pesca está generalmente reconocida en la alta mar (Brownlie, 2008). La Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982, introduce algunos cambios en el régimen de la alta mar. En primer lugar, la Convención dispone que las ZEE no forman parte de la alta mar (artículos 55 y 86 de la Convención sobre el Derecho del Mar; Brownlie, 2008). Además, la Convención establece un régimen especial para los recursos de los fondos marinos y el subsuelo que no están comprendidos en la jurisdicción nacional (Brownlie, 2008). Según la Convención, la Zona, que son los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son patrimonio común de la humanidad (artículos 133 y 136 de la Convención sobre el Derecho del Mar). La Convención prevé el establecimiento de una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, a la que se confiere la responsabilidad exclusiva de la organización y el control de todas las actividades en la Zona definida.

El hecho de que la alta mar permanezca abierta al uso y disfrute de todos los Estados y que muchos peces sean de especies migratorias (denominadas en los trabajos sobre el tema recursos fugitivos) plantea problemas para el uso sostenible de esos recursos. Aunque la Convención sobre el Derecho del Mar y el Acuerdo sobre las Poblaciones de Peces, de las Naciones Unidas, tratan de regular las prácticas pesqueras en alta mar y en relación con las especies fugitivas, subsisten importantes problemas, que se examinan en la subsección 3.

Varios Estados han presentado reivindicaciones sobre las regiones polares. Estas reivindicaciones han adquirido mayor relieve en años recientes, cuando algunas predicciones apuntan a que el calentamiento mundial podría hacer que las zonas polares fueran más accesibles a las exploraciones petrolíferas y mineras, a la pesca y al transporte marítimo (Ebinger y Zambetakis, 2009; Dutter, 2006). No existe un régimen convencional para la región del Ártico. El Consejo del Ártico, que se creó en 1996, sirve de foro de debate y colaboración. Las reivindicaciones relacionadas con esta región atañen a la delimitación de las zonas marinas del Océano Ártico o a la plataforma continental. Estas reivindicaciones se presentan al amparo del derecho internacional consuetudinario, la Convención sobre el Derecho del Mar o la Convención sobre la Plataforma Continental.

Una norma de especial pertinencia para la región del Ártico es la disposición de la Convención sobre el Derecho del Mar según la cual los Estados pueden tratar de demostrar que su plataforma continental se extiende a más de 200 millas náuticas de distancia de su costa. Si la reivindicación prospera, el Estado obtiene derechos legales de explotación de petróleo, gas y minerales en una zona más extensa (Ebinger y Zambetakis, 2009). Los Estados sólo pueden reclamar una vez la prolongación de la plataforma continental, y deben hacerlo dentro de los 10 años siguientes a la fecha en que hayan firmado la Convención sobre el Derecho del Mar. Varios Estados ya lo han hecho, a veces con el gesto altamente publicitario de hincar una bandera en el fondo del mar (Ebinger y Zambetakis, 2009); (Reynolds, 2007).

A diferencia de la región del Ártico, en 1959 se estableció un régimen convencional para el continente antártico. Sin embargo, el Tratado Antártico declara expresamente que no afecta a las reivindicaciones territoriales efectuadas por algunos Estados (y denegadas por otros), ni sirve de base para la afirmación de la soberanía territorial. El propósito del Tratado Antártico es asegurar, en interés de toda la humanidad, que la Antártida "se utilizará exclusivamente para fines pacíficos". El Tratado proclama la "libertad de investigación científica en la Antártida" y prevé un marco para la cooperación. El Protocolo para la Protección del Medio Ambiente, que entró en vigor en 1998, prohíbe todas las actividades relacionadas con los recursos minerales, excepto la investigación. En 1988 se negoció una Convención para la regulación de las actividades relacionadas con los recursos minerales de la Antártida, en la que se dictaban normas para la prospección, exploración y explotación de los recursos minerales. La Convención no entró en vigor nunca porque no se hicieron parte en ella todos los Estados con reivindicaciones territoriales en la Antártida (U.S. Department of State, 2002).

Se cree que la Antártida posee reservas de petróleo, gas, hierro, cromo y otros metales preciosos (Dutter, 2006). Se ha expresado preocupación acerca de la "bioprospección" (la búsqueda y extracción de recursos naturales) y la explotación comercial de la investigación científica de organismos biológicos en el continente antártico. Según un estudio de la Universidad de las Naciones Unidas, de Tokio, en los Estados Unidos se han presentado 92 patentes relativas a organismos

antárticos o moléculas extraídas de ellos, y en Europa 62 (Sample, 2004).

En el debate que siguió a la ola de nacionalizaciones de propiedades de empresas extranjeras que se produjo en Europa Oriental, África, el Oriente Medio y varios países de América Latina a raíz de la segunda guerra mundial, se planteó la cuestión de la soberanía sobre los recursos naturales (Lowenfeld, 2003). Se debatía si el Estado nacionalizador estaba obligado a indemnizar a los inversores extranjeros y, de ser así, cómo debía calcularse la indemnización. En 1962, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales" en la que se declaraba que "[el] derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado".

En 1973 la Asamblea General aprobó otra resolución en la que se afirmaba que "la aplicación del principio de la nacionalización por los Estados, como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales, implica que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago, y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que apliquen tales medidas". En 1974, la Asamblea General aprobó una resolución titulada "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados", en la que se declaraba que "[t]odo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

No hay ninguna disposición en la OMC que se refiera directamente a la propiedad de los recursos naturales o al reparto de esos recursos entre los Estados y los inversores extranjeros. Tampoco el sistema de solución de diferencias de la OMC ofrece a los inversores extranjeros un medio de obtener reparación en efectivo por cualquier perjuicio en su inversión que haya causado el gobierno del país receptor (los tratados bilaterales de inversión se examinan en la sección E.2 b) v) *infra*). La OMC se ocupa solamente de la solución de diferencias entre Estados, y las reparaciones suelen ser prospectivas y no en efectivo.

(ii) *Estabilidad de los precios, trato de la relación de intercambio y desplazamiento de rentas*

La Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio reconocía las "dificultades especiales" a que estaban sujetos los productos básicos, que "pueden a veces requerir un tratamiento especial al comercio internacional de dichos productos, por medio de convenios intergubernamentales", y dedicaba un capítulo entero a las disposiciones relativas a los acuerdos internacionales sobre productos básicos (capítulo VI de la Carta de La Habana).

Los acuerdos internacionales sobre productos básicos concernían por igual a los países productores y los países consumidores. Entre sus objetivos declarados figuraban los siguientes: i) evitar o atenuar las graves dificultades económicas que pueden surgir cuando no sea posible lograr el ajuste entre la producción y el consumo únicamente por las fuerzas normales del mercado, tan pronto como lo exijan las circunstancias; ii) evitar o moderar fluctuaciones pronunciadas en el precio de un producto básico; y iii) mantener y desarrollar

los recursos naturales del mundo y protegerlos contra un agotamiento innecesario (Carta de La Habana, artículo 57). Estos objetivos fueron reconocidos más tarde en la resolución N° 30 (IV), aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y sentaron las bases de la labor del Comité provisional de coordinación para los acuerdos internacionales sobre productos básicos. En el decenio de 1960 la UNCTAD incluyó entre los objetivos de los acuerdos sobre productos básicos el aumento de los ingresos de exportación de los países en desarrollo, la reasignación de los recursos y el incremento del consumo (Garipey, 1976).

Se concertaron acuerdos internacionales para tres productos básicos a los que se refiere el presente informe: la madera tropical, el caucho natural y el estaño. El único que permanece en vigor es el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales (CIMT), cuya negociación inicial data de 1983. No obstante, del CIMT se ha dicho que "no era un tipo convencional de acuerdo de productos básicos", sino más bien un acuerdo dirigido "tanto a la conservación y desarrollo de los bosques como al comercio de maderas". (Véase el sitio Web de la Organización Internacional de las Maderas Tropicales (OIMT) en: www.itto.int.) El Acuerdo Internacional del Estaño estuvo en vigor desde 1955 a 1985, y el Convenio Internacional del Caucho Natural de 1979 a 1999. Ambos Acuerdos tenían por objeto estabilizar los precios mediante reservas de estabilización y controles de los precios. Una dificultad surgida con esos Acuerdos fueron las discrepancias en cuanto a la distinción entre las intervenciones que estabilizan los precios, y las que afectan a las tendencias de los precios. Como se indicó anteriormente, el apartado h) del artículo XX del GATT prevé una excepción específica para las medidas adoptadas en cumplimiento de acuerdos internacionales sobre productos básicos que son acordes con los principios aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución N° 30 (IV), de 28 de marzo de 1947.

Existen varios acuerdos sobre productos concretos concertados entre países productores, el más importante de los cuales es el que funciona con el nombre de Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).²⁸ Como no incluye a los países consumidores, la OPEP no se considera un acuerdo internacional sobre productos básicos y por consiguiente no se le aplica la excepción del apartado h) del artículo XX. No obstante, Desta (2008) ha indicado que esta situación podría estar cambiando, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 95 del proyecto revisado de Modalidades para la Agricultura de Doha, según el cual: "[l]as excepciones generales previstas en el apartado h) del artículo XX del GATT de 1994 también serán aplicables a los acuerdos intergubernamentales sobre productos básicos en los que sólo sean partes países productores de los productos básicos de que se trate".

El objetivo primordial de la OPEP consiste en "coordinar y unificar las políticas petroleras de los países miembros y determinar los mejores medios de salvaguardar sus intereses individual y colectivamente"; con esta finalidad deben idearse "los medios de garantizar la estabilización de los precios en los mercados internacionales del petróleo con miras a eliminar las fluctuaciones dañinas e innecesarias" (artículo 2 de los Estatutos de la OPEP). La OPEP persigue estas metas recomendando objetivos de producción de petróleo a sus miembros (Crosby, 2009).

Veintiocho economías adelantadas que son consumidoras de petróleo crearon la Agencia Internacional de la Energía (AIE).²⁹ La AIE se constituyó durante la crisis del petróleo de 1973-1974, con el cometido principal de coordinar las medidas

adoptadas en situaciones de emergencia para el suministro de petróleo. Su mandato se ha ampliado de modo que incluya, además de la gestión de la crisis petrolera, cuestiones relacionadas con la eficiencia energética, la protección del clima y la colaboración en materia de tecnología energética. Países productores y países consumidores discuten asuntos relativos a los recursos y mercados de la energía en el Foro Internacional de la Energía (Selivanova, 2007).

(iii) *Acuerdos regionales y bilaterales*

Algunos acuerdos comerciales regionales o bilaterales contemplan obligaciones que van más allá de los compromisos contraídos en la OMC. Estos acuerdos acostumbran a prever un trato arancelario más favorable para los productos abarcados³⁰, y también pueden incluir normas que excedan de lo dispuesto en las disciplinas de la OMC. Por ejemplo, según el artículo 314 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), "[n]inguna de las Partes adoptará ni mantendrá impuesto, gravamen o cargo alguno sobre la exportación de bienes al territorio de otra Parte, a menos de que éste se adopte o mantenga sobre: a) la exportación de dicho bien a territorio de todas las otras Partes, y b) dicho bien, cuando esté destinado al consumo interno".³¹

Algunos de los acuerdos bilaterales que ha firmado la Unión Europea incluyen disciplinas adicionales sobre la percepción de impuestos de exportación. Según el párrafo 1 del artículo 17 del acuerdo concertado con Argelia, "[e]n el comercio entre la Comunidad y Argelia no se introducirán nuevos derechos de aduana de importación o de exportación ni exacciones de efecto equivalente, ni se incrementarán los aplicados en el momento de la entrada en vigor del presente Acuerdo". El acuerdo entre la Unión Europea y Sudáfrica contiene una disposición similar, mientras que el acuerdo con Croacia dispone la supresión de "todos los derechos de aduana sobre las exportaciones y las exacciones de efecto equivalente" en la fecha de su entrada en vigor.

Un capítulo del TLCAN está dedicado a la energía y la petroquímica básica, y en él se establecen normas específicas para estos sectores. Se eliminan los aranceles y las restricciones cuantitativas para las importaciones, pero se permite a México que mantenga un régimen de licencias para el comercio de petróleo y electricidad (Hufbauer y Schott, 2005). Se prohíben los precios mínimos y máximos de exportación, pero no se regulan los precios internos. El capítulo aclara que las medidas reguladoras en materia de energía -que se definen como "cualquier medida establecida por entidades federales, estatales o provinciales, que afecte directamente al transporte, la conducción o distribución, compra o venta de un bien energético o petroquímico básico"- quedarán sujetas a las disciplinas sobre trato nacional, restricciones a la importación o la exportación e impuestos sobre la exportación. Otra disposición de interés es el artículo 605, que define las circunstancias en las que una Parte puede adoptar o mantener una restricción de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo XI o con los apartados g), i) o j) del artículo XX del GATT en relación con la exportación de un bien energético o petroquímico básico.³²

Un acuerdo de especial pertinencia para algunos de los sectores de que trata el presente informe es el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), que entró en vigor en 1998. El TCE ha sido firmado por 51 Estados, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). El Tratado se compone de Estados productores o consumidores de energía y Estados de tránsito; algunos de esos Estados no son Miembros de la OMC.

Para algunos comentaristas, el TCE tiene "un papel singular que desempeñar, como único acuerdo multilateral dedicado específicamente a la energía que abarca todos los elementos principales del proceso mundial de explotación de la energía: comercio, tránsito, inversión y eficiencia energética" (Rakhmanin, 2009). El TCE contiene también disposiciones sobre la competencia, la transferencia de tecnología y el acceso a los capitales. Victor y Yeh (2010) han señalado que la eficacia del TCE se ha visto mermada por el carácter incompleto de la participación de Rusia en el Tratado. Rusia firmó el TCE pero en 2009 comunicó que no tenía la intención de ser Parte Contratante en el mismo.

El TCE ha sido definido como "un Tratado multilateral destinado principalmente a proteger las inversiones" (Selivanova, 2007). No obstante, contiene cierto número de disposiciones comerciales, algunas de las cuales se incorporaron al texto por referencia a la OMC. Las disposiciones del TCE relativas al comercio de energía se basan en los principios del GATT/OMC de no discriminación, trato nacional, prohibición de restricciones cuantitativas de las exportaciones y las importaciones y acceso a los mercados de modo abierto y transparente (Herman, 2010). El artículo 4 del TCE dice que nada de lo dispuesto en el Tratado derogará, entre Partes Contratantes que sean partes en el GATT, las disposiciones del GATT tal como se aplican entre estas Partes Contratantes. Selivanova (2007) opina que "la no derogación de las disposiciones del GATT/OMC es un principio fundamental" del TCE. Las normas del GATT/OMC que fueron incorporadas por referencia rigen las relaciones entre las Partes Contratantes del TCE en materia de comercio de energía, aunque una Parte no sea Miembro de la OMC.

En lo relativo al tránsito de energía, "en el artículo 7 del TCE se enuncian varias disciplinas que son más específicas y detalladas que las del artículo V del GATT de 1994" (Ehring, 2007). Entre ellas figuran la obligación de no poner obstáculos arbitrarios a la creación de nuevas infraestructuras, en caso de que el tránsito no pueda realizarse por medio de las infraestructuras existentes debido a la falta de capacidad, y la obligación de no interrumpir ni reducir el flujo de materias en tránsito, aunque haya una controversia con otro país por causa de este tránsito. Se prevé un procedimiento especial de conciliación para la solución de controversias relacionadas con el tránsito.³³ El protocolo del TCE relativo al tránsito, que está pendiente de negociación, precisará en más detalle algunos aspectos concretos del tránsito de energía, como las condiciones de acceso a las redes y los métodos para calcular las tarifas de tránsito.

El TCE no dice cuál ha de ser la estructura del sector nacional de la energía ni regula la propiedad de las empresas energéticas, y tampoco obliga a los países miembros a abrir su sector de la energía a los inversores extranjeros. El TCE reconoce expresamente la soberanía nacional sobre los recursos energéticos: cada país miembro puede decidir libremente cómo, y en qué medida, se desarrollarán sus recursos energéticos nacionales y soberanos, y también el grado de apertura de su sector energético a la inversión extranjera (artículo 18 del TCE). Al propio tiempo, el Tratado exige que las normas sobre la exploración, el desarrollo y la adquisición de recursos sean accesibles al público, no discriminatorias y transparentes.

Una vez efectuada la inversión extranjera, el TCE está concebido de manera que proporcione una interfaz fiable y estable entre la inversión y el gobierno receptor. Los inversores están protegidos de los riesgos políticos más importantes, como la discriminación, la expropiación y la

nacionalización³⁴, el incumplimiento de contratos individuales de inversión³⁵, los daños causados por la guerra y otros acontecimientos similares y las restricciones injustificadas de la transferencia de fondos. Los Estados receptores están obligados a conceder a las inversiones de otros miembros del TCE, y a actividades conexas tales como la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute o la liquidación, un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones de sus inversores o de inversores de otros países. La obligación de no discriminación sólo es aplicable en la fase posterior a la inversión, o sea únicamente a las inversiones ya efectuadas.

En la fase previa a la inversión³⁶, el Estado solamente está obligado a poner el máximo empeño en conceder un trato no discriminatorio. Además, los miembros del TCE han de comprometerse a no introducir nuevas restricciones a la realización de una inversión por un inversor extranjero (*"statu quo"*) y a reducir gradualmente las restantes restricciones (*"desmantelamiento"*).

(iv) Externalidades

Un gran número de acuerdos internacionales establecen mecanismos de cooperación entre los Estados para abordar las externalidades internacionales, muchos de los cuales tienen que ver con la protección del medio ambiente. Actualmente hay más de 250 acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en vigor, que abarcan una gran variedad de temas, como la fauna y la flora silvestres amenazadas (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas), la pesca (Acuerdo sobre las Poblaciones de Peces, de las Naciones Unidas), la madera tropical (Convenio Internacional de las Maderas Tropicales), el cambio climático (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y Protocolo de Kyoto) y los desechos peligrosos (Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación).

Como se ha señalado anteriormente, una veintena de esos acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente contienen disposiciones relacionadas con el comercio.³⁷ Por ejemplo, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas somete a control el comercio de ciertos especímenes de la fauna y la flora silvestres mediante un sistema de licencias. El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación impone prohibiciones a la exportación de desechos peligrosos. El Acuerdo sobre Poblaciones de Peces, de las Naciones Unidas, permite a las partes que prohíban los desembarcos y los transbordos cuando se haya demostrado que la captura se ha obtenido de una manera que menoscaba la eficacia de las medidas subregionales, regionales o mundiales de conservación y ordenación en alta mar.

Algunos observadores se dicen preocupados por la relación entre las medidas referentes al comercio de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y las normas sobre el comercio internacional de los Acuerdos de la OMC. Tanto en los debates internacionales sobre el medio ambiente como en la OMC se ha hecho hincapié en la necesidad de asegurar la coherencia entre los esfuerzos multilaterales de preservación del medio ambiente y el régimen multilateral de comercio. En lo tocante al medio ambiente, la necesidad de coherencia se reconoce expresamente en el Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que dice lo siguiente:

"Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional."

En el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC se reconoce que la expansión del comercio y la producción ha de permitir "la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible, procurando proteger y preservar el medio ambiente". Según la Decisión Ministerial de 1994 sobre comercio y medio ambiente, "no debe haber, ni es necesario que haya, contradicción política entre la defensa y salvaguardia de un sistema multilateral de comercio abierto, no discriminatorio y equitativo, por una parte, y las medidas de protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible, por otra".

El artículo XX del GATT de 1994 dispone excepciones respecto de las medidas "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales" o "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables". El Acuerdo OTC permite a los Miembros de la OMC adoptar reglamentos técnicos para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, o para la protección del medio ambiente. En el caso del comercio de servicios, el artículo XIV del AGCS permite a los Miembros de la OMC adoptar o aplicar medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.³⁸

Hasta la fecha no se ha impugnado ninguna medida comercial adoptada de conformidad con un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente por razón de su incompatibilidad con las obligaciones dimanantes de la OMC. En la diferencia *Estados Unidos - Camarones*, originada en una restricción de la importación de camarones pescados sin el uso de dispositivos para evitar la captura accidental de tortugas marinas, se invocaron varios acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. Una de las cuestiones planteadas en este caso fue la de si la expresión "recursos naturales agotables" abarcaba los organismos vivos o solamente los recursos minerales no vivos. El Órgano de Apelación, después de invocar varios instrumentos internacionales sobre el medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Programa 21, llegó a la conclusión de que los organismos vivos estaban comprendidos en la expresión.

En el asunto *Estados Unidos - Camarones* también se quería determinar si la medida se aplicaba de manera compatible con lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994, según el cual las medidas enumeradas en el artículo no deben aplicarse "en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional". En el procedimiento

original se había constatado que el Miembro de la OMC que aplicaba la restricción de las importaciones no cumplió esta condición porque había celebrado "negociaciones serias" con un grupo de países exportadores, pero no con los países exportadores que habían suscitado la diferencia. El efecto de esta medida se consideró discriminatorio e injustificable (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 172).

No obstante, en un procedimiento posterior se determinó que las condiciones del preámbulo del artículo XX se habían cumplido, después de que se hubiera demostrado que el Miembro de la OMC que aplicaba la restricción de las importaciones había hecho "esfuerzos serios y de buena fe ... para negociar un acuerdo internacional" con el grupo de países exportadores interesados. En este procedimiento se aclaró también que "una cosa es que sea *preferible* un enfoque multilateral en la aplicación de una medida que esté justificada provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX del GATT de 1994 y otra que se exija la *conclusión* de un acuerdo multilateral como condición para evitar la 'discriminación arbitraria o injustificable' en el sentido del preámbulo del artículo XX". No se consideró que en este caso hubiera una exigencia de esa naturaleza (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21 - *Malasia*), párrafos 124 y 134).

Otra posibilidad que preocupa es que diferencias relativas a medidas ambientales se sometan simultáneamente a la OMC y a otro foro, y que las respectivas decisiones sean conflictivas. Hasta la fecha los Miembros de la OMC han logrado evitar esas situaciones, como puso de manifiesto la diferencia entre Chile y la UE acerca de la descarga de capturas de peces espada.

En abril de 2000, la UE solicitó la celebración de consultas con Chile en relación con la legislación chilena que prohibía a las embarcaciones de las CE descargar sus capturas de peces espada en puertos chilenos, bien para depositarlas allí o bien para su transbordo a otras embarcaciones (WT/DS139/1). La UE sostenía que esta prohibición hacía imposible el tránsito por puertos chilenos, y como tal era incompatible con el artículo V del GATT de 1994. Chile, por su parte, alegó que la UE estaba obligada, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a promulgar y aplicar medidas de conservación para sus operaciones de pesca en alta mar, e incoó un procedimiento contra la UE ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Sin embargo, en marzo de 2001 la UE y Chile informaron al Órgano de Solución de Diferencias de que habían llegado a un arreglo provisional con respecto a esta diferencia y, por consiguiente, habían acordado suspender el procedimiento del grupo especial en la OMC. Más tarde, Chile y la UE llegaron a un acuerdo sobre esta diferencia y, a petición de las partes, el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar declaró sobreesido el caso el 16 de diciembre de 2009.

Algunos piensan que es aconsejable definir mejor la relación entre la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. Así por ejemplo, en la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, los Miembros de la OMC convinieron en celebrar negociaciones sobre la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, especialmente aquellos que contienen "obligaciones comerciales específicas". Estas negociaciones tienen lugar en las reuniones del Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria. Los Miembros han acordado que el alcance de estas negociaciones se limite a la aplicabilidad de

las normas de la OMC a los Miembros de la Organización que hayan firmado el acuerdo multilateral sobre el medio ambiente objeto de consideración.

La corrupción es otro tema respecto del cual la cooperación entre los Estados tenía por objeto abordar una externalidad internacional. La Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de la OCDE, exige a sus signatarios que tipifiquen como delito el cohecho de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. La Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI) es una coalición de gobiernos, empresas, grupos de la sociedad civil, inversores y organizaciones internacionales que propicia una mejor gobernanza en los países dotados de recursos, mediante la comprobación y la publicación de los pagos de las empresas y las rentas fiscales derivadas del petróleo, el gas y la minería.

Una iniciativa internacional que ha sido objeto de debates en la OMC es el Sistema de Certificación del Proceso de Kimberley (KPCS). Se trata de una iniciativa conjunta de los gobiernos, la industria y la sociedad civil para controlar el flujo de diamantes de zonas en conflicto. Estos diamantes son diamantes en bruto que los movimientos rebeldes emplean para financiar conflictos destinados a socavar gobiernos legítimos, como describen las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Los miembros del KPCS deben garantizar que cada envío de diamantes en bruto exportados va acompañado de un certificado del Proceso de Kimberley. Este documento certifica que el envío de diamantes en bruto no contiene diamantes de zonas en conflicto.

En 2003, el Consejo General de la OMC aprobó la solicitud de 11 miembros del KPCS para que se les concediera una exención de la aplicación de determinadas normas del GATT a las medidas adoptadas para impedir la exportación de diamantes de zonas en conflicto, de conformidad con el KPCS. En particular, el Consejo General de la OMC eximió a 11 Miembros de la OMC de la aplicación del párrafo 1 del artículo I, el párrafo 1 del artículo XI y el artículo XIII del GATT durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2006 (WT/L/518).³⁹ En diciembre de 2006 la exención de Kimberley se prorrogó hasta 2012, y se aumentó a 19 el número de Miembros exentos (WT/L/676).

(v) El problema del oportunismo

Los tratados bilaterales de inversión (TBI) desempeñan un importante papel, especialmente en relación con los minerales y los recursos energéticos. Estos tratados tratan de resolver el llamado "problema del oportunismo"⁴⁰, impidiendo a los gobiernos receptores cambiar las normas aplicadas a un inversor después de que se ha hecho la inversión (Guzmán, 1998). Se calcula que hay más de 1.100 TBI en vigor, de los cuales más de 800 se han concertado desde 1987, y que el número de países partes en esos TBI supera los 155. La mayor parte de TBI se han concertado entre países desarrollados y países en desarrollo, pero bastantes se han firmado entre países en desarrollo (Lowenfeld, 2003).

Los TBI disponen que el Estado receptor ha de conceder a los inversores extranjeros un "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" (Lowenfeld, 2003), y prohíben al Estado receptor discriminar contra los inversores

extranjeros y privarles de sus propiedades sin indemnización. La mayoría de los TBI ven en la expropiación una disposición legítima y no incompatible con los TBI si se hace "i) por un motivo de interés público; ii) de manera no discriminatoria; iii) con arreglo al debido procedimiento legal, y iv) mediante el pago de una indemnización" (Lowenfeld, 2003). Además, los TBI prevén el recurso al arbitraje internacional cuando un inversor entienda que un Estado receptor ha violado las obligaciones que le incumben de conformidad con el TBI. Uno de los foros más utilizados para estos arbitrajes es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, del Banco Mundial.⁴¹ También se encuentran disposiciones de protección de las inversiones en otros acuerdos internacionales, incluidos los acuerdos sectoriales multilaterales como el Tratado de la Carta sobre la Energía, y en acuerdos comerciales regionales o bilaterales, como el TLCAN.

La OMC no regula las inversiones, salvo para los servicios prestados con arreglo al denominado modo 3 (véase el recuadro 26). En la Conferencia Ministerial celebrada en Singapur en 1996, los Miembros de la OMC acordaron establecer un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversiones.

En la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, los Miembros de la OMC reconocieron "los argumentos en favor de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas, que contribuirá a la expansión del comercio" y convinieron en que "después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones, sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones". Además, los Miembros de la OMC convinieron en un programa de trabajo para el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones. No obstante, en una reunión del Consejo General celebrada en 2004, los Miembros decidieron que la relación entre comercio e inversiones dejaría de formar parte del Programa de Trabajo de Doha y que "por consiguiente durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre ninguno de estos temas".

3. Cuestiones relacionadas con el comercio que afectan a los recursos naturales: desafíos pendientes

Como se ha examinado en las secciones anteriores, los recursos naturales presentan varias características que aconsejan la intervención gubernamental con el fin de mejorar el bienestar social, en vez de dejarlo en manos del libre comercio. Gran parte del análisis del presente informe se ha centrado en algunos aspectos del comercio de recursos naturales en el marco del GATT/OMC. Algunas de las cuestiones planteadas a continuación no son necesariamente competencia de la OMC, pero no obstante se examinan ya que están relacionadas con la cooperación internacional en el ámbito de los recursos naturales.

Por lo que se refiere a nuestro examen de las normas de la OMC, se ha comprobado que éstas permiten a los gobiernos corregir las deficiencias del mercado relacionadas con el carácter específico de los recursos naturales. Al mismo

tiempo, algunas medidas que limitan el acceso a los recursos naturales están prohibidas por las normas de la OMC. Los aranceles aplicables a la mayoría de los recursos naturales, con excepción del pescado, son relativamente bajos y el número de conflictos sobre los recursos naturales no es particularmente elevado. No obstante, ello no significa que el comercio de recursos naturales esté libre de polémicas y de opiniones enfrentadas sobre el carácter preferente y el contenido de las normas comerciales multilaterales. Existen diferencias de opinión entre los Miembros de la OMC en varias esferas, en particular en relación con las restricciones y las subvenciones a la exportación. Existe también preocupación por las posibles interacciones negativas entre las normas y compromisos de la OMC y las políticas de conservación.

Las cuestiones aquí consideradas, que han aparecido en varios contextos, se refieren a las restricciones a la exportación, las subvenciones, la reglamentación nacional e internacional, los problemas de inversión que se presentan en las industrias basadas en los recursos naturales, la competencia, el tránsito y el transporte, la distinción entre bienes y servicios en relación con los recursos naturales, los derechos de propiedad intelectual y la conservación de los recursos naturales. Esta lista no pretende ser exhaustiva, y la selección de estas cuestiones no significa que todas ellas se encuentren dentro del ámbito de competencia acordado de la OMC.

(a) Restricciones a la exportación

(i) Impuestos a la exportación

Como se señala en la subsección 1, las normas de la OMC prohíben el uso de restricciones cuantitativas a la exportación, con algunas excepciones, pero en general se reconoce que no prohíben los impuestos o derechos sobre la exportación. En la subsección 1 se ha explicado también que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* no consideró que algunas limitaciones a la exportación fueran subvenciones susceptibles de compensación en virtud del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.⁴²

Los Miembros de la OMC podrían haber contraído compromisos obligatorios de reducir sus impuestos a la exportación (como han hecho con los aranceles de importación), pero la mayoría de ellos no lo han hecho.

No obstante, los Miembros existentes han pedido a varios países que se han adherido recientemente a la OMC, como China, Mongolia, la Arabia Saudita, Ucrania y Viet Nam, que negocien "Listas" de compromisos respecto de los derechos de exportación en el contexto de sus negociaciones de adhesión.⁴³ En algunos casos, los derechos de exportación incluidos en los compromisos hacen referencia a los recursos naturales. La medida en que estos compromisos reducen o eliminan los impuestos a la exportación varía según los países.

Se observa una divergencia de intereses en relación con los impuestos a la exportación en el contexto de las negociaciones de la Ronda de Doha relativas al acceso a los mercados para los productos no agrícolas. En sus comunicaciones iniciales al Grupo de Negociación sobre el Acceso a los Mercados, dos Miembros observaron que las negociaciones deberían abordar también la cuestión de las restricciones a la exportación, comprendidos los derechos que gravan la exportación.⁴⁴ Uno de esos Miembros presentó

Recuadro 28: ¿Cuál es la justificación económica de los acuerdos comerciales?

Los economistas señalan dos razones principales por las que los gobiernos firman un acuerdo comercial: en primer lugar, para evitar las políticas de "empobrecimiento del vecino", que son unilateralmente atractivas pero multilateralmente destructoras; en segundo lugar, para evitar las políticas de "autoempobrecimiento", que son atractivas de inmediato pero no responden a los intereses de la sociedad a largo plazo (Bagwell y Staiger, 2009a); (Organización Mundial del Comercio, 2007).

El problema del empobrecimiento del vecino está basado en la idea de que las decisiones sobre política comercial de un país repercuten en el bienestar de otro país. Este no es en absoluto el único efecto de esa política, pero las publicaciones formales suelen insistir en el efecto en la relación de intercambio (Johnson, 1954). El objetivo de un acuerdo comercial como el de la OMC es, por consiguiente, comprobar que los gobiernos tengan en cuenta esos efectos cuando formulan sus políticas.

Consideremos el ejemplo de dos grandes economías abiertas capaces de influir en la demanda y oferta mundial y, por lo tanto, en los precios mundiales de un determinado sector. Al imponer un arancel a la importación, un país eleva el precio de las importaciones para los consumidores pero reduce el precio percibido por las empresas extranjeras de exportación. Este cambio de precio constituye una mejora de la relación de intercambio a expensas del interlocutor comercial, que sufre una pérdida en ese sentido. Como los países se interrelacionan estratégicamente en el panorama internacional, el interlocutor comercial reaccionará imponiendo un arancel a sus mercancías importadas, con lo que mejoraría también su relación de intercambio en detrimento de la otra economía. En definitiva, la economía termina en una situación de equilibrio caracterizada por aranceles ineficientemente elevados y volúmenes de comercio bajos, que es lo que los economistas designan en general con el término del "dilema del prisionero" motivado por la relación de intercambio. Un acuerdo comercial como el GATT/OMC contiene un conjunto de normas y principios, como los de no discriminación y reciprocidad, que facilitan la cooperación comercial y permiten a los Miembros evitar esta actitud de falta de cooperación y lograr un mayor bienestar (Bagwell y Staiger, 1999; Bagwell y Staiger, 2002).⁴³

La otra razón por la que los países firman un acuerdo comercial es porque los gobiernos pueden encontrarse también con problemas para comprometerse a seguir una política comercial que contribuya lo más posible al bienestar. En primer lugar, una política comercial eficiente puede adolecer de incoherencia temporal. Esta situación puede darse cuando las preferencias normativas del gobierno cambian a medida que evolucionan las circunstancias. En consecuencia, una política comercial eficiente pero temporalmente incoherente quizá no sea creíble para los agentes privados (Staiger y Tabellini, 1987). En segundo lugar, una política comercial eficiente quizá no sea la más aconsejable para un gobierno sometido a presiones políticas, por ejemplo, las ejercidas por los sectores que compiten con las importaciones (Maggi y Rodríguez-Clare, 1998). En estos escenarios, un acuerdo comercial puede ser una reforma institucional que contribuya al bienestar, ya que puede constituir un dispositivo eficaz de compromiso que obligaría a los gobiernos Miembros a mantener una política eficiente. Desde esta perspectiva, el sistema de la OMC constituye un ancla para evitar las políticas de autoempobrecimiento.

Los dos planteamientos son complementarios, en el sentido de que uno no excluye al otro, y varios estudios recientes presentan pruebas empíricas en favor de ambas teorías. Broda *et al.* (2008) y Bagwell y Staiger (2006a) encuentran testimonios compatibles con el enfoque basado en la relación de intercambio, mientras que Staiger y Tabellini (1999) y Tang y Wei (2009) confirman la creencia de que los compromisos de la OMC resuelven los problemas de credibilidad.

Un acuerdo comercial, como todo acuerdo de cooperación internacional, debe conllevar un mecanismo de autoaplicación. En ausencia de una autoridad supranacional que pueda sancionar a los gobiernos que incumplen los compromisos, los países Miembros deben considerar que les conviene atenerse a las normas internacionales. La teoría económica ha reconocido formalmente la necesidad de autoaplicación de los acuerdos comerciales, introduciendo el concepto de juegos repetidos.⁴⁴ La cooperación comercial se consigue a medida que los países comparan los beneficios resultantes del incumplimiento del acuerdo con las pérdidas asociadas con las posibles represalias (por ejemplo, sanciones comerciales). Por esta razón, el sistema del GATT/OMC permite la adopción de medidas de retorsión que pueden aplicarse cuando los Miembros no cumplen sus compromisos

una propuesta relativa a un Acuerdo de la OMC sobre los Impuestos a la Exportación, cuyo objetivo era la eliminación gradual de todas esas medidas, de forma que se autorizaran únicamente un pequeño número de excepciones generales y una flexibilidad limitada para los países en desarrollo (JOB(07)/43). Esta propuesta, motivada por la preocupación de que los impuestos a la exportación pudieran utilizarse para limitar el acceso a materias primas e insumos de importancia fundamental y, por consiguiente, pudieran impedir también el desarrollo de otros Miembros de la OMC, suscitó respuestas negativas de algunos otros Miembros, que adujeron que los derechos de exportación son instrumentos legítimos de desarrollo económico.

Posteriormente la propuesta fue revisada y la comunicación revisada se incluyó en la cuarta revisión del proyecto de modalidades relativas al acceso a los mercados para los

productos no agrícolas. El planteamiento revisado representa el paso de una prohibición general de los impuestos a la exportación, con excepciones basadas en las normas del GATT, al establecimiento de normas sobre la transparencia y la previsibilidad, que, en opinión de sus proponentes, podrían conseguirse mediante la consignación de compromisos y consolidación de los impuestos a la exportación de los Miembros (es decir, estableciendo límites máximos).

La política de exportación también se ha examinado en el marco de las negociaciones sobre la agricultura. Los resultados de estos debates se reflejan en la parte del proyecto de modalidades para la agricultura⁴⁷ relativa a las prohibiciones y restricciones a la exportación. La finalidad del texto propuesto sobre esta cuestión es mejorar la transparencia y la rendición de cuentas, y también reducir la duración de las restricciones cuantitativas a la exportación

de productos agropecuarios, que se pueden adoptar con carácter temporal en virtud del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994 para remediar una escasez aguda de determinados productos. Algunos Miembros también han hecho propuestas sobre los impuestos a la exportación en el sector agrícola, muchas de ellas para eliminar esos impuestos o restringir su utilización. Las propuestas se hicieron en el contexto de los debates sobre la agricultura que tuvieron lugar después de la Ronda Uruguay y se incorporaron a las negociaciones de la Ronda de Doha, y también en los primeros dos o tres años de la Ronda de Doha, pero en los últimos años no se les ha prestado mucha atención.

En este contexto, algunos acuerdos comerciales regionales y bilaterales prohíben la aplicación de derechos de aduana, impuestos y tasas que tengan un efecto equivalente a las importaciones de mercancías originarias que son objeto de comercio entre las partes en esos acuerdos.⁴⁸

La teoría económica de los acuerdos comerciales arroja algo de luz sobre las razones por las que los gobiernos pueden estar interesados en negociar restricciones del uso de los aranceles a la exportación.⁴⁹ El argumento está basado en la idea de que, desde un punto de vista económico, los impuestos a la exportación son una réplica de los aranceles. Por ello, no sorprende que el argumento sobre la relación de intercambio para la cooperación internacional que se aplica a los aranceles a la importación se aplique también a los impuestos a la exportación. Un gran país puede mejorar su relación de intercambio a expensas de sus interlocutores comerciales imponiendo restricciones a la exportación. La reducción de la oferta representará una presión al alza de los precios mundiales. Como en el caso de los aranceles, dos grandes países que restrinjan sus exportaciones mutuamente pueden terminar incurriendo en el "dilema del prisionero" si no cooperan (véase el recuadro 28). En tal caso, un acuerdo comercial que permita a los interlocutores comerciales comprometerse a reducir los impuestos a la exportación sería beneficioso. Téngase en cuenta que este argumento no se aplica a los impuestos a la exportación en el caso de los recursos naturales únicamente. Se aplica en términos más generales a los impuestos a la exportación establecidos por los países cuando son lo bastante grandes como para influir en los precios mundiales.

Los compromisos de reducción de los impuestos a la exportación podrían intercambiarse con compromisos de reducir o los impuestos a la exportación o los aranceles. Considérese el caso en que un país importador aplica aranceles progresivamente más elevados a lo largo de la cadena de producción en un sector de recursos naturales, de manera que se imponen aranceles más altos a los productos más elaborados. El país exportador del recurso natural puede decidir imponer un impuesto a la exportación para contrarrestar los efectos del arancel de importación. En este caso concreto, un acuerdo que supusiera un compromiso sobre los impuestos a la exportación, por un lado, y sobre los aranceles de importación, por el otro, sería mutuamente beneficioso.

En teoría, las razones por las que se permite a los gobiernos negociar compromisos sobre los impuestos a la exportación podrían ampliarse a algunos instrumentos normativos internos. Efectivamente, puede recurrirse a argumentos económicos básicos para demostrar la equivalencia teórica entre algunos instrumentos de política comercial y determinados instrumentos de política interna. Como se explica en la sección D, en ausencia de consumo interno, un

contingente de producción interno equivale a un contingente de exportación. No obstante, si bien los contingentes de exportación están prohibidos en virtud del artículo XI del GATT, la mayoría de los observadores consideran que esa prohibición no afecta a los contingentes de producción. Muchos consideran más bien que las decisiones referentes al volumen de recursos naturales extraídos o explotados es competencia soberana de cada Estado (véanse las subsecciones 1 y 2 *supra*). De la misma manera, un impuesto a la exportación equivale a una subvención del consumo. Asimismo, en ausencia de producción interna, un impuesto al consumo equivale a un arancel. Dada esta equivalencia, y según las circunstancias, los gobiernos pueden tener razones para preferir utilizar un instrumento de política interna en vez de las medidas de política comercial equivalentes.

El mercado del petróleo puede ser un ejemplo ilustrativo. Los exportadores normalmente utilizan las restricciones a la producción mientras que los importadores suelen emplear impuestos al consumo. Como un arancel de importación, un impuesto al consumo en el país importador reduce la demanda interna –y, por consiguiente, mundial– de petróleo y baja su precio mundial, con lo que parte de la renta (el beneficio que el producto o el exportador obtienen por encima del costo de oportunidad) resultante de la exportación del recurso se desplazaría del país exportador al país importador. De la misma manera, igual que una restricción a la exportación, un contingente de producción en el país exportador disminuye la oferta en los mercados internacionales y eleva el precio mundial, con lo que se produciría un desplazamiento de la renta desde el país importador al país exportador.⁵⁰

La repercusión transfronteriza generada por los efectos de desplazamiento de la renta de los impuestos al consumo y los contingentes de producción da lugar a una situación de dilema del prisionero, como la que se ha examinado anteriormente. Si todos los países renuncian a la cooperación, tendrán un incentivo para fijar su política en un nivel ineficiente a fin de reducir la renta que su interlocutor comercial obtiene de la explotación de los recursos naturales. Por ejemplo, si bien los impuestos sobre el consumo aplicables al petróleo podrían fijarse eficientemente en un tipo positivo para contrarrestar los daños ambientales creados por las emisiones de dióxido de carbono, los países importadores pueden tener incentivos para ir más allá del tipo del impuesto eficiente. Un argumento semejante puede aplicarse a los países productores, que pueden reducir la producción (y, por consiguiente, la exportación) de petróleo con un doble objetivo: el empobrecimiento del vecino y la conservación de los recursos. (Collier y Venables, 2009) aducen que los intentos de desplazamiento internacional de las rentas en guerras de aranceles o de impuestos a la exportación son juegos de suma cero en los que las ganancias o las pérdidas de uno de los interlocutores comerciales son compensadas por las pérdidas o ganancias del otro. Demuestran que estas intervenciones normativas provocan una considerable variación de precios en los diferentes mercados nacionales, lo que genera ineficiencia. Por ejemplo, los precios elevados en los países importadores pueden reducir el consumo más allá de lo que sería necesario para atender las preocupaciones ambientales. Se aplican también a este contexto las enseñanzas extraídas de la teoría sobre los acuerdos comerciales. En principio, sería posible que los países importadores y exportadores alcanzaran un acuerdo mutuamente beneficioso que redujera las restricciones a la producción y los impuestos sobre el consumo, con el fin de recortar las pérdidas de eficiencia sin afectar a la distribución internacional de las rentas.

Indudablemente, la reducción de las restricciones de la producción en el sector del petróleo quizá no llegue a la eliminación completa de las restricciones. Es posible que la producción tenga que restringirse en aras de la gestión eficiente de un recurso agotable o teniendo en cuenta los efectos adversos de las emisiones de dióxido de carbono.

(ii) *Licencias de exportación*

En el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha se ha debatido un tema relacionado con los impuestos a la exportación. Cuatro Miembros de la OMC han distribuido recientemente una propuesta relativa a un protocolo sobre la transparencia en el trámite de licencias de exportación.⁵¹ Esta propuesta refleja la preocupación sobre el uso de restricciones cuantitativas de la exportación de recursos naturales, manifestada por primera vez por uno de los cuatro proponentes en un documento distribuido en 2006.⁵²

En ese documento se examinaba la necesidad de reforzar las disciplinas relativas a las restricciones a la exportación, y se aducía que las disposiciones que regulan el uso de las restricciones cuantitativas de las importaciones y de las exportaciones en el marco del GATT/OMC no están equilibradas. Las disposiciones vigentes en materia de restricciones a la exportación suelen ser menos explícitas y menos precisas que las relativas a las restricciones a la importación. Por ello, en el documento se proponían disciplinas para aumentar la transparencia de las restricciones a la exportación, en particular cuando se refieren a productos minerales y otros recursos naturales agotables. Tomando como base ese documento, se presentó posteriormente una propuesta sobre negociaciones relativas a una mayor transparencia en el trámite de licencias de exportación, en que se incluía un proyecto de acuerdo sobre dicho trámite. La propuesta se revisó posteriormente y se convirtió en la propuesta de protocolo, que no se limitaría a los recursos naturales.

(b) *Subvenciones*

Algunas cuestiones relacionadas con las subvenciones en los sectores vinculados con los recursos naturales se han debatido en negociaciones de adhesión a la OMC o se están examinando en las negociaciones de la Ronda de Doha. Antes de considerar estas cuestiones específicas, veamos qué nos dice la teoría económica sobre los fundamentos de las disciplinas en materia de subvenciones en los acuerdos comerciales.

Como se explica en el recuadro 28, hay dos explicaciones fundamentales del papel de los acuerdos comerciales en los estudios económicos: una está basada en los compromisos y la otra en la relación de intercambio. Según el primer enfoque, las normas sobre subvenciones de la OMC pueden ofrecer a las autoridades un mecanismo de compromiso para eliminar o limitar en forma creíble una política ineficiente. Brou y Ruta (2009) y Brou, Campanella y Ruta (2010) lo ponen de manifiesto en el contexto de las subvenciones internas, pero la lógica del argumento se aplica también a las subvenciones a la exportación.

En el enfoque basado en la relación de intercambio, el argumento para la imposición de disciplinas sobre el uso de subvenciones es menos sólido (Bagwell y Staiger, 2006b; Bagwell y Staiger, 2001b; y Janow y Staiger, 2003). La ineficiencia fundamental asociada con las opciones unilaterales de política comercial es un volumen comercial insuficiente, y una subvención, en la medida en que aumenta

el volumen del comercio, incrementa la eficiencia. Por consiguiente, la limitación de su uso redundaría en contra de la eficiencia.⁵³ En cambio, cuando las normas relativas a las subvenciones impiden el uso de nuevas subvenciones de efectos contraproducentes para los compromisos arancelarios negociados, ayudan a los gobiernos a negociar acuerdos de acceso a los mercados más eficientes y, por lo tanto, aumentan la eficiencia.

Una cuestión conexas es el papel de las subvenciones internas en cuanto instrumento normativo eficiente (solución óptima) para corregir las deficiencias del mercado (Bhagwati y Ramaswami, 1963; Johnson, 1965). Este argumento considera que el diseño de las normas sobre subvenciones dentro de un acuerdo comercial debe ofrecer a los gobiernos miembros la suficiente flexibilidad normativa para corregir las distorsiones. De lo contrario, las autoridades podrían inclinarse por un uso excesivo de otras medidas menos eficientes, como los aranceles, en sustitución de las subvenciones internas (Sykes, 2005).

(i) *Subvenciones a la pesca*

Un ejemplo bien documentado de subvención de un sector basado en los recursos naturales es el de la pesca. Muchos comentaristas consideran que las subvenciones a la pesca exacerban el problema de la agotabilidad, ya que alentarían la sobreexplotación. En este contexto, se ha planteado la pregunta de si el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) en su forma actual disciplina adecuadamente dichas subvenciones. Como se observa en la sección C, es de prever que la curva de la oferta de pescado se invierta cuando se supere un determinado nivel de precios como consecuencia de la sobreexplotación y la caída de la productividad en una situación de derechos de propiedad mal definidos. Ello significa que por encima de ese umbral de precios, una subvención podría reducir más que aumentar el volumen de pescado capturado. En tales circunstancias, ni los importadores de pescado subvencionado ni los exportadores al país que ofrece la subvención parecerían tener argumentos para presentar una reclamación en la OMC.

Una segunda cuestión es que no parece probable que una subvención a la pesca sea impugnada como subvención a la exportación en el marco del Acuerdo SMC, ya que esas subvenciones normalmente son otorgadas por los importadores netos de pescado para consumo interno (Young, 2009). Es más probable que las subvenciones a la pesca se consideren subvenciones recurribles. En este caso, para que un Miembro de la OMC pueda impugnar con éxito la subvención en la OMC tendrá que demostrar los efectos adversos en sus intereses. Según varios comentaristas, esto resulta difícil (Young, 2009) por varias razones. Primero, el carácter variado de las especies de peces hace más difícil demostrar el desplazamiento del mercado. Segundo, las distorsiones afectan a la disponibilidad de recursos más que a los precios para los exportadores (lo que no justifica una impugnación al amparo del Acuerdo SMC). Tercero, es difícil establecer un punto de referencia de precios que permita medir la magnitud de la pérdida, ya que todo el sector acusa las distorsiones provocadas por las subvenciones (comunicación de Nueva Zelanda, 2002).

Una última cuestión que, supuestamente, dificulta la aplicación del Acuerdo SMC en relación con las subvenciones a la pesca es el hecho de que los Miembros de la OMC no informan adecuadamente sobre su utilización de esas subvenciones. Por consiguiente, los demás Miembros

disponen de pocos datos significativos pertinentes (comunicación de Australia, Chile, el Ecuador, los Estados Unidos, Filipinas, Islandia, Nueva Zelandia y el Perú, 2002).

Por estas razones, se han realizado esfuerzos conjuntos en la Ronda de Doha para negociar una serie de normas relacionadas específicamente con las subvenciones a la pesca. En la Declaración adoptada en la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Hong Kong, China en 2005 los Ministros tomaron nota del "amplio" acuerdo de los Miembros de la OMC sobre la necesidad de "fortalecer las disciplinas relativas a las subvenciones en el sector de la pesca, incluso mediante la prohibición de determinadas formas de subvenciones a la pesca que contribuyan al exceso de capacidad y la sobrepesca" y exhortaron a los Miembros a que "emprendieran sin demora nuevos trabajos detallados para, entre otras cosas, establecer la naturaleza y el alcance de esas disciplinas, con inclusión de la transparencia y la exigibilidad".

El análisis económico de las subvenciones arroja algo de luz sobre el efecto de esas medidas en el sector pesquero. Si en éste hay un problema de libre acceso que provoca la sobrepesca, una subvención que estimule la producción (por ejemplo, una subvención a la producción o a la exportación) agravará la sobrepesca y, quizá, reducirá el bienestar social (véase la sección D). En ese caso, ¿qué sentido tiene que las autoridades introduzcan este tipo de medidas normativas? ¿Qué pueden hacer las normas de la OMC al respecto? Los economistas ven dos razones principales por las que los gobiernos desean a veces utilizar las subvenciones frente a un problema de libre acceso: las motivaciones de economía política (es decir, presiones del sector que compite con las importaciones o las exportaciones) y, en el caso de las subvenciones a los sectores que compiten con las importaciones, la manipulación de la relación de intercambio (es decir, el deseo de modificar los precios mundiales para obtener una mejor relación de intercambio).

Veamos en primer lugar el argumento basado en la economía política. Supongamos que las pesquerías se encuentran dentro de una única zona económica exclusiva (ZEE), lo que confiere al país ciertos derechos exclusivos. En ausencia de otras disfunciones del mercado, una subvención a la pesca redistribuye los ingresos dentro del país, trasladándolos de los contribuyentes a los pescadores, y reduce el bienestar social como consecuencia de la sobreexplotación de los recursos del país. Un sector políticamente organizado se ve favorecido a expensas del resto de la sociedad (generaciones tanto actuales como futuras). En esta situación, unas normas de la OMC que establecieran disciplinas para las subvenciones a la pesca ofrecerían a las autoridades un mecanismo de compromiso para eliminar en forma creíble una política ineficiente, en consonancia con el espíritu de la función de compromiso de los acuerdos comerciales a que se ha hecho referencia en el recuadro 28.

Una subvención a la pesca encaminada a manipular la relación de intercambio del país podría parecer atractiva cuando los aranceles están sujetos a restricciones en virtud de compromisos. Si las pesquerías se encuentran dentro de una única ZEE, la única repercusión que la subvención tendría para otros países sería un efecto en la relación de intercambio. De hecho, una subvención a las pesquerías internas que compiten con las importaciones reduciría las importaciones. Si el país que subvenciona es lo bastante grande, esto constituye una política de empobrecimiento del vecino (es decir, impone un efecto negativo en la relación de intercambio a los interlocutores comerciales). Los intentos unilaterales de manipular la relación de intercambio a través

de las subvenciones provocarán el "dilema del prisionero" (véase el recuadro 28), lo mismo que en el caso de una guerra arancelaria.⁵⁴ Un acuerdo que permita a los signatarios prometerse recíprocamente a reducir/eliminar las subvenciones a la pesca eliminaría todos los efectos de balanza de pagos y mejoraría el bienestar social mundial.

No obstante, conviene señalar que en los dos casos antes examinados la sobrepesca se reduciría pero no se eliminaría. Como se observa en la sección D, seguiría siendo necesario abordar el problema del libre acceso mediante una asignación adecuada de los derechos de propiedad y la reglamentación interna dentro de cada país. Finalmente, en presencia de bienes comunes mundiales, es decir, en el caso de poblaciones de peces fugitivos y altamente migratorios, las subvenciones causan dos tipos de efectos: una externalidad de manipulación de la relación de intercambio y otra relacionada con la sobreexplotación de un recurso mundial. Un acuerdo comercial abordaría únicamente el efecto de la relación de intercambio. Sería todavía necesario otro acuerdo para abordar el problema del libre acceso mundial, ya que los países no tendrían incentivo para controlar sus capturas si otros países no hicieran simultáneamente lo mismo con las suyas.

La economía distingue entre subvenciones "malas" (las examinadas anteriormente, que distorsionan el comercio y agravan los problemas del libre acceso) y "buenas". Estas últimas son las que tratan de corregir una disfunción del mercado. Por ello, unas normas sobre subvenciones eficientes deben lograr un equilibrio adecuado y ofrecer alguna otra forma de flexibilidad (véase una exposición general en Brou, Campanella y Ruta (2010)). Por ejemplo, hay razones económicas para distinguir entre las subvenciones que contribuyen a la sobrepesca y las que ayudan a los gobiernos a gestionar las pesquerías y reducir la capacidad pesquera (véase la sección D). Esa es la argumentación utilizada por Copeland y Taylor (2009), que examinan la importancia de la supervisión para una ordenación adecuada de los recursos. Desde su punto de vista, para corregir el problema del libre acceso es más importante contar con derechos de propiedad eficaces que con derechos de propiedad formales. Ello significa que las subvenciones "buenas", como las necesarias para establecer la capacidad de supervisión, deberían quedar excluidas de todo compromiso de reducción o eliminación.

Las negociaciones sobre las subvenciones a la pesca en el contexto de la Ronda de Doha han avanzado, aun cuando algunas cuestiones continúen suscitando fuerte controversia (Bilsky, 2009). En noviembre de 2007, el Presidente del Grupo de Negociación sobre las Normas presentó un texto de negociación en que se incluían propuestas de enmienda del Acuerdo SMC que establecerían nuevas disciplinas sobre las subvenciones a la pesca.⁵⁵ En el texto de negociación se enumeran varias subvenciones específicas a la pesca que estarían prohibidas porque, con toda probabilidad, provocarían un exceso nocivo de capacidad o de esfuerzo pesquero.⁵⁶ En el texto se incluye también una lista de subvenciones que no estarían prohibidas. Con sujeción a determinadas condiciones, todos los Miembros de la OMC podrían, por ejemplo, administrar subvenciones para actividades de alivio en caso de desastres naturales, para la adopción de técnicas que permitan reducir el impacto ambiental de la pesca, para lograr un mejor cumplimiento de los regímenes de ordenación pesquera y para el desmantelamiento de buques.

El texto del Presidente responde también a la demanda de trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.

Los países menos adelantados podrían administrar los tipos de subvenciones que deseen. En cuanto a los países en desarrollo en general, podrían administrar subvenciones destinadas a la infraestructura y el sostenimiento de los ingresos y de los precios. Podrían también administrar cualquier forma de subvención a la pesca de subsistencia, mientras que las subvenciones para la mayoría de las pesquerías industriales estarían sometidas a determinadas condiciones. Además de la lista de subvenciones prohibidas y de excepciones, el texto del Presidente contiene también disciplinas generales de aplicación universal sobre las subvenciones que tienen efectos negativos comprobados en las poblaciones de peces fugitivos o altamente migratorios o en otras poblaciones en las que otro Miembro de la OMC tenga un interés de pesca identificable.

El texto del Presidente fue objeto de amplios debates. No obstante, las opiniones de los participantes eran divergentes y los debates no generaron los elementos necesarios para que el Presidente pudiera proponer una revisión del texto que permitiera lograr una mayor convergencia. En lugar de ello, el Presidente decidió distribuir una hoja de ruta para los debates sobre la pesca. En ella se plantean una serie de interrogantes, todos los cuales tratan de aclarar la posición de los participantes sobre los diferentes aspectos del mandato.

(ii) *Acuerdos sobre el acceso a las pesquerías*

Varios Miembros de la OMC han presentado al Grupo de Negociación sobre las Normas algunas propuestas relacionadas con los acuerdos de acceso. Estos implican en general pagos entre gobiernos a cambio del acceso de extranjeros a las ZEE de países en desarrollo. Estos acuerdos de acceso constituyen una fuente significativa de ingresos para algunos países en desarrollo que han propuesto su exclusión de las disciplinas en materia de subvenciones a la pesca. Al mismo tiempo, esos acuerdos representan ahora la principal fuente de suministro de especies como el atún, algunas especies demersales y moluscos para la UE y el Japón, que ocupan un lugar importante entre las naciones que pescan en aguas distantes. Según Orellana (2007), las condiciones establecidas en los acuerdos muchas veces reservan al país anfitrión sólo una parte del valor efectivo de los recursos, y bastantes acuerdos de acceso han dado lugar al agotamiento de las poblaciones del país anfitrión.

A veces se ha preguntado si el hecho de que las naciones que pescan en aguas distantes transfieran a la flota de aguas distantes los derechos de acceso adquiridos a través de esos acuerdos de acceso representa una subvención. La respuesta a la pregunta depende de si esas naciones reciben o no un pago suficiente a cambio del derecho a la pesca que otorga a su flota de aguas distantes. Las comunicaciones presentadas por Miembros de la OMC normalmente abordan la cuestión de los pagos de acceso. No obstante, reflejan también diferentes opiniones sobre el papel y la condición jurídica de los acuerdos de acceso. Las propuestas van desde eximir por completo los acuerdos de acceso de las nuevas disciplinas hasta condicionar la exención de los acuerdos de acceso a la inexistencia de una subvención o a criterios ambientales y/o de transparencia.

Según el texto del Presidente de noviembre de 2007 se consideraría que los pagos de acceso entre gobiernos no son subvenciones. Las subvenciones derivadas de la transferencia ulterior, por el gobierno del Miembro pagador, de los derechos de acceso a sus pescadores estarían en

principio prohibidas, salvo en los casos en que el acceso esté relacionado con una pesquería situada dentro de la ZEE de un país en desarrollo, y que el acuerdo de acceso haya sido publicado y contenga disposiciones que impidan la pesca excesiva en la zona abarcada por el acuerdo y estén basadas en las mejores prácticas internacionalmente reconocidas.

(iii) *Sistema de doble precio*

Otra cuestión relacionada con las subvenciones que se ha planteado en las negociaciones de adhesión a la OMC de varios Miembros, así como en algunas diferencias y en las negociaciones de la Ronda de Doha, es la cuestión del "doble precio". Como se ha mencionado anteriormente, el sistema de doble precio es un mecanismo de precios diferenciados en el mercado interno y de exportación, que los gobiernos pueden adoptar, por ejemplo, mediante un reglamento que establezca el precio de venta máximo de un recurso natural en el mercado interno. Este precio es inferior al vigente en el mercado de exportación.

En la subsección 1 se ha visto que el doble precio plantea cuestiones en el marco del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, y posiblemente en el contexto de los artículos XI y XVII del GATT. En varias negociaciones de adhesión, por ejemplo, se ha debatido si el doble precio de la energía ofrece a los exportadores nacionales de sectores de gran consumo de energía una ventaja competitiva desleal que se consideraría ilegal en virtud del Acuerdo SMC. En las negociaciones sobre las normas, una delegación formuló una propuesta con el fin de aclarar las disciplinas relativas al sistema de doble precio en el Acuerdo SMC.⁵⁷

Como se expone en la sección D, un sistema de doble precio aplicado, por ejemplo, al gas natural tiene un efecto semejante al de un impuesto a la exportación de gas, que a su vez es equivalente a una subvención a los usuarios internos de gas. Esta medida hace descender el precio interno del recurso natural en relación con su precio de exportación. Por esta razón, representa una ventaja de costo para las industrias de las fases posteriores del proceso productivo (es decir, productores de bienes de gran consumo de energía), lo que permite un aumento de las exportaciones y, si el país tiene suficiente importancia en los mercados internacionales, genera una reducción del precio mundial de los productos de esas industrias. Las semejanzas entre los mecanismos de doble precio y los impuestos a la exportación deben tenerse en cuenta a efectos puramente analíticos.

Como en el caso de los impuestos y las subvenciones a la exportación, los economistas sostienen que un sistema de doble precio tiene un componente de empobrecimiento del vecino cuando hace bajar el precio mundial de los productos con gran intensidad de recursos. Ello puede ser causa (o consecuencia) de medidas de política comercial tendentes a restringir las importaciones de los productos procedentes del país que adopta un régimen de doble precio (progresividad arancelaria). Un acuerdo que regulara las prácticas de doble precio en los países con abundantes recursos y la progresividad arancelaria en los importadores de recursos sería mutuamente beneficioso.

Los gobiernos pueden utilizar argumentos legítimos de eficiencia para justificar las subvenciones cuando existe alguna forma de disfunción del mercado. En el caso de un régimen de doble precio, es probable que esta disfunción implique un nivel ineficiente de consumo de un recurso natural o la existencia de una industria incipiente. Si bien un

sistema de doble precio puede ser un instrumento eficaz para otorgar una subvención (si se puede poner en práctica fácilmente un control de precios), esta medida no es necesariamente la solución óptima. A no ser que el mecanismo de doble precio pueda ajustarse con precisión, todos los consumidores del recurso natural se beneficiarían de la subvención implícita ofrecida por el sistema de reglamentación del doble precio. Esto podría ser un problema si los destinatarios de la subvención fueran sólo un subconjunto de los usuarios. En tal caso, sería más adecuado optar por una subvención al consumo que trate de resolver directamente el problema, ya que evita el consumo excesivo del recurso natural en todos los sectores. Es importante tener esto en cuenta ya que, de acuerdo con el planteamiento basado en el compromiso (véase el recuadro 28), la reglamentación de los mecanismos de doble precio en un acuerdo comercial podría estar motivada por la necesidad de limitar una política de autoempobrecimiento.

(iv) Subvenciones a los combustibles fósiles

En septiembre de 2009 los líderes del G-20 acordaron eliminar progresivamente las subvenciones ineficaces al consumo de combustibles fósiles. Concretamente, el comunicado de Pittsburgh dice que *"los ineficaces subsidios sobre el consumo de combustibles fósiles promueven el derroche, reducen nuestra seguridad energética, impiden la inversión en fuentes de energía más limpias y tiran abajo los esfuerzos llevados a cabo para combatir el cambio climático"*.⁵⁸ Como se ha visto en la sección C.4, el consumo de combustibles fósiles tiene efectos perjudiciales para el medio ambiente, por las emisiones de CO₂, que no se reflejan plenamente en los precios del mercado. Ciertas formas de subvenciones, como las subvenciones al consumo, agravan esas externalidades ambientales negativas. El papel de un compromiso internacional para limitar el recurso a una política ineficaz sería muy similar a la función de compromiso de los acuerdos comerciales examinada en el recuadro 28.

(v) Excepción en virtud del Acuerdo SMC

Otra preocupación que se ha manifestado y que está también vinculada a la existencia de las disfunciones del mercado hace referencia a la posibilidad de que las normas de la OMC puedan impedir que los gobiernos adopten políticas de conservación. De conformidad con el artículo 8 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias se consideraban no recurribles algunas subvenciones ambientales (es decir, que no se podían impugnar en la OMC ni ser objeto de medidas compensatorias). Sin embargo, las disposiciones pertinentes expiraron a finales de 1999, ya que los Miembros de la OMC no se pusieron de acuerdo para mantenerlas.⁵⁹ Como señala Marceau (2010b), muchos comentaristas han propuesto que se reintroduzca dicha disposición a fin de disponer de un refugio para algunas subvenciones ambientales, como las destinadas a la energía renovable o a las actividades de mitigación y adaptación frente al cambio climático. No obstante, hasta ahora estos llamamientos no se han reflejado en ninguna propuesta o debate de los Miembros en las negociaciones de la Ronda de Doha sobre las normas de la OMC.

(c) Reglamentación nacional

¿Cuáles son los desafíos que se plantean a la OMC cuando las disfunciones del mercado en el sector de los recursos naturales son puramente nacionales —es decir, cuando el efecto "externo" de una transacción económica (por ejemplo, la contaminación, el agotamiento del recurso natural) no desborda las fronteras nacionales y, por lo tanto, no provoca ninguna pérdida de bienestar para los ciudadanos de otros países—? Los economistas han señalado dos grandes desafíos. Algunos temen que las normas de la OMC induzcan a los países a imponer reglamentaciones inadecuadas, cuyo resultado podría ser el despilfarro de los recursos naturales. En este contexto, los gobiernos tendrían las manos atadas en cuanto a la política comercial y quizá se resistan a adoptar reglamentos eficientes que favorezcan a los productores extranjeros. A otros les preocupa que los reglamentos internos se utilicen para influir en las corrientes comerciales. Temen que los gobiernos puedan compensar el efecto de las reducciones arancelarias en el acceso a los mercados con unas reglamentaciones nacionales menos estrictas que ofrezcan una ventaja en materia de costos a los productores que compiten con las importaciones.

Bagwell y Staiger (2001a) observan que las negociaciones comerciales pueden condicionar el incentivo de un gobierno para establecer una reglamentación eficiente de dos maneras diferentes, cada una de las cuales representa un desafío distinto. En su modelo, la política comercial puede tener un impacto negativo en los interlocutores comerciales a través del efecto en la relación de intercambio (véase el recuadro 28), y los reglamentos nacionales se establecen para corregir una deficiencia del mercado local.

Un ejemplo concreto sería el caso en que ambos gobiernos necesitan regular la pesca en un lago interno. En este contexto, los países influyen uno en otro sólo a través de sus interacciones en el mercado (es decir, mediante el comercio) y no se produce ningún otro efecto externo transfronterizo. Ello significa que a los países les puede preocupar la forma en que sus interlocutores comerciales regulan el problema del libre acceso, pero sólo por los efectos comerciales que esas opciones pudieran implicar. Si no hay ninguna institución que facilite la cooperación internacional, los gobiernos regularían eficientemente el problema de libre acceso pero tendrían un incentivo para fijar restricciones comerciales ineficientemente severas. La razón de ello es que la única ineficiencia asociada con la elección unilateral de políticas responde al deseo de obtener una mejor relación de intercambio a expensas de los interlocutores comerciales. Como el libre acceso es un problema puramente interno, el gobierno no tiene ningún incentivo para reglamentar de manera insuficiente (o excesiva) el sector de los recursos naturales.

La situación es diferente cuando los países negocian aranceles pero fijan unilateralmente políticas internas. En este caso, una vez que se ha llegado a un compromiso sobre los aranceles en un acuerdo comercial, los gobiernos pueden tener un incentivo para fijar una reglamentación interna ineficiente. Intuitivamente, parece que la liberalización del comercio puede cambiar el nivel óptimo de la reglamentación interna, pero los gobiernos comprenden ahora que —con su arancel consolidado (es decir con un compromiso firme respecto a un tope arancelario)— un cambio en la política normativa puede repercutir en el acceso al mercado otorgado a los interlocutores comerciales. Pueden darse dos situaciones, como se explica a continuación.

(i) ¿La reglamentación de los recursos naturales como obstáculo al comercio?

Si los reglamentos internos influyen en el acceso al mercado, los compromisos en materia de política comercial pueden inducir a un gobierno a modificar su actitud normativa a fin de reducir el acceso al mercado otorgado a los interlocutores comerciales.⁶⁰ Así, la eliminación de un reglamento interno restrictivo (por ejemplo, la flexibilización de los reglamentos mineros orientados a la conservación del medio ambiente o una prórroga de la temporada de pesca en un lago interno) puede ofrecer una ventaja en materia de costos al sector que compite con las importaciones con respecto a los productores extranjeros, y por lo tanto reducir el acceso del interlocutor comercial al mercado interno.

Bagwell y Staiger (2001a) señalan que, desde un punto de vista teórico, la inclusión de una cláusula sobre los casos en que no existe infracción (como la del artículo XXIII del GATT) en el acuerdo comercial puede ayudar a resolver este problema. La capacidad de un interlocutor comercial a presentar una reclamación en la OMC, aun cuando el cambio de la reglamentación interna no infrinja las normas de la OMC modera el incentivo para hacer menos rigurosa la reglamentación. Esta solución institucional permite a los Miembros de la OMC conseguir una combinación eficiente de políticas comerciales e internas siempre que los gobiernos tengan un incentivo para recurrir a la reglamentación interna para anular el acceso al mercado otorgado a los interlocutores comerciales mediante una reducción arancelaria.

No obstante, como se observa en Staiger y Sykes (2009), en la práctica en toda la historia del sistema del GATT/OMC sólo prosperaron tres reclamaciones no basadas en una infracción y ninguna de ellas estaba relacionada con una reglamentación nacional. En opinión de Staiger y Sykes, "la argumentación del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto* arroja serias dudas sobre la perspectiva de que en el futuro prosperen las reclamaciones no basadas en una infracción relacionadas con la reglamentación nacional".

(ii) ¿Las normas comerciales como obstáculo a la conservación de los recursos naturales?

Habida cuenta de los compromisos de política comercial que restringen su margen de maniobra, las autoridades quizá no tengan tantos incentivos para promulgar reglamentaciones nacionales que otorguen más (y no menos) acceso a los mercados a los interlocutores comerciales. Supongamos, por ejemplo, que el precio de un recurso natural provoca una mayor entrada en el sector de los recursos naturales y exacerba el problema del libre acceso. En este caso, la política interna eficiente sería restringir el acceso al recurso (por ejemplo, optar por un régimen más estricto de contingentes de extracción), pero es posible que el gobierno se resista a ello, ya que esta política aumentaría el acceso del interlocutor comercial al mercado en detrimento del sector que compite con las importaciones.

Un segundo ejemplo de este tipo de situación es la introducción de una norma que imponga un método de extracción o recolección "favorable al medio ambiente" (es decir, un método que reduzca los daños ambientales). Si la norma implicara un aumento de los costos de producción para las empresas nacionales, las autoridades deberían elegir de nuevo entre mejorar la gestión de los recursos naturales o mermar la competitividad de los productores que compiten con las importaciones.

Bagwell y Staiger (2001a) aducen que este problema de incentivos se resolvería si las normas comerciales otorgaran a los gobiernos el derecho a elegir la combinación de políticas internas y comerciales que establezca sus compromisos de acceso a los mercados con los interlocutores comerciales. La flexibilidad adicional así conseguida garantizaría la adopción de una política comercial e interna eficiente, ya que el gobierno podría cambiar los reglamentos internos sin preocuparse por las repercusiones de su decisión en el acceso a los mercados. Siguiendo la lógica de los ejemplos citados, el gobierno podría introducir un sistema de contingentes de extracción más estrictos o una norma que imponga métodos de extracción/recolección no contaminantes y elevar su arancel a fin de mantener el mismo nivel de acceso a los mercados en el sector de los recursos.

Como se ha examinado en la sección E.1, la capacidad de los gobiernos para combinar la ordenación de los recursos naturales y las medidas comerciales en la forma antes propuesta puede verse limitada por las normas de no discriminación (artículos I y III del GATT). La restricción del acceso al mercado interno para los productores extranjeros que empleen procesos y métodos de producción (PMP) perjudiciales para el medio ambiente podría justificarse aduciendo que los bienes producidos con diferentes PMP no son "productos similares", pero esta cuestión no está resuelta. No obstante, aun cuando un reglamento parezca a primera vista contrario a los artículos I o III del GATT, las normas de la OMC prevén cierta flexibilidad en virtud del artículo XX del GATT para resolver los problemas de conservación y ambientales asociados con la ordenación de los recursos naturales.

Como ya se ha observado, el artículo XX permite a los Miembros de la OMC imponer medidas comerciales que en otras circunstancias serían incompatibles, si son medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables (apartado g) del artículo XX) o si son medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (apartado b) del artículo XX). Se podría aducir que puesto que la medida directamente relativa a la conservación del recurso es la nueva reglamentación, la medida comercial podría no estar abarcada por el artículo XX. También se podría hacer referencia a la decisión adoptada en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, según la cual lo que debería examinarse es la combinación de reglamentos, y no sólo la reglamentación propiamente dicha.⁶¹

(d) Reglamentación internacional

Si bien la ordenación de algunos recursos naturales en un solo país quizá no repercuta directamente en el bienestar de los ciudadanos que viven en otros países (o, más exactamente, les afecte únicamente a través de sus efectos comerciales), en muchos casos la reglamentación nacional – o su ausencia – tiene efectos indirectos que desbordan las fronteras. Un ejemplo elocuente es el de los derechos de propiedad mal definidos que dan lugar a la sobreexplotación de un recurso natural compartido por diferentes países (por ejemplo, el pescado) o que agravan el calentamiento mundial (por ejemplo, los bosques). Cuando entran en juego externalidades internacionales, los recursos naturales son "bienes comunes mundiales". Obviamente, no es posible conseguir resultados normativos eficientes con negociaciones internacionales sobre la política comercial únicamente. La razón es que las decisiones normativas unilaterales provocan ineficiencias que no tienen nada que ver con las relacionadas con la manipulación de la relación de intercambio. Los bienes comunes mundiales necesitan una reglamentación eficiente y,

debido a los efectos derivados de las decisiones nacionales, la eficiencia sólo puede conseguirse si dicha reglamentación está plasmada en un acuerdo internacional.

El agua es un ejemplo interesante de las posibles interacciones entre los acuerdos internacionales sobre los recursos naturales y los acuerdos comerciales. La apertura del comercio de productos con gran intensidad de agua puede ahorrar físicamente el consumo de agua si los productos son exportados por países con una productividad de agua elevada a países con un nivel bajo de productividad del agua. No obstante, el comercio del agua "virtual" puede acelerar también el agotamiento de las existencias de agua si los costos sociales y ambientales asociados con el uso del agua no se tienen en cuenta en el precio pagado por los consumidores de los países importadores (véase el recuadro 4).

El comercio de productos agrícolas es especialmente relevante en este sentido, dado que el 85 por ciento del consumo de agua mundial tiene lugar en la producción agrícola y que el agua utilizada con ese fin suele estar infravalorada (Hoekstra y Chapagain, 2008a). El análisis económico revela que la política más indicada es fijar un precio adecuado para el agua. Ello podría facilitarse mediante un acuerdo internacional sobre la fijación de precios adecuados para el agua (Hoekstra, 2009b).

Las pesquerías mundiales son otra ilustración del problema. Las pruebas disponibles revelan que la inmensa mayoría de las pesquerías son o de libre acceso o están bien reguladas. La asignación de derechos de propiedad quizá no baste para reducir la sobreexplotación de este recurso: un país no tiene un incentivo unilateral para controlar sus capturas si otros países no imponen simultáneamente controles eficaces. Los países preocupados por la biodiversidad marina y las consecuencias mundiales resultantes de la sobreexplotación de las pesquerías pueden concebir diferentes medidas para la conservación de las especies sobreexplotadas.⁶² Un planteamiento consiste en negociar acuerdos multilaterales que regulen las pesquerías. Por ejemplo, el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la conservación y ordenación de las poblaciones de peces (1995) ofrece un marco para la conservación y ordenación de las especies de peces altamente migratorios y fugitivos en las aguas internacionales reguladas por organizaciones regionales de ordenación de pesquerías. En la actualidad existen nueve organizaciones de ese tipo.

(i) *El problema de la "vinculación de cuestiones diferentes"*

Los economistas han señalado dos razones para vincular el comercio con las cuestiones internacionales no comerciales. La primera es el concepto de "gran negociación"; la segunda, el argumento de la "observancia", como se explica a continuación.

De acuerdo con el primer planteamiento, "la vinculación de cuestiones" (es decir, supeditar el logro de un acuerdo sobre una cuestión al logro de progresos en otro ámbito) puede utilizarse para conseguir una cooperación que aumente mutuamente el bienestar (Abrego *et al.*, 2001; Cesar y de Zewe, 1996). Por ejemplo, es posible que la cooperación en torno a la cuestión X sea beneficiosa para el país A pero perjudicial para el país B, mientras que la cooperación sobre Y puede beneficiar a B y perjudicar a A. La vinculación de esas dos cuestiones puede facilitar un acuerdo mundial. Por ejemplo, las concesiones comerciales pueden condicionarse

a la cooperación para prevenir la sobreexplotación de un recurso natural, como los recursos forestales. Por ello, una gran negociación puede ser más eficiente que dos acuerdos independientes. Si bien este argumento puede resultar convincente, debe observarse también que los acuerdos pueden ser mucho más difíciles a medida que aumente el número de cuestiones planteadas y la complejidad de la negociación.

Como se observa en el recuadro 28, los problemas de observancia son una cuestión clave en el caso de algunos acuerdos internacionales, ya que generalmente no hay una autoridad supranacional que sancione a los infractores. Por esta razón, algunos economistas han investigado la posibilidad de vincular diferentes cuestiones como medio de imponer la cooperación (Spagnolo, 1999; Limao, 2005). Por ejemplo, las sanciones comerciales podrían reducir el problema de observancia en los acuerdos destinados a conservar los recursos naturales. Los críticos de este planteamiento señalan el peligro de que la vinculación redunde en perjuicio de los esfuerzos de apertura del comercio. Por esta razón, es importante comprender en qué condiciones la vinculación de cuestiones diferentes puede dar lugar a una mayor cooperación, de manera que cada política avance en la dirección deseada. (Limao, 2005) aduce que la vinculación de cuestiones diferentes permite conseguir beneficios tanto en el comercio como en las otras esferas cuando las externalidades internacionales son considerables. Así ocurre, por ejemplo, con la gestión de los bienes comunes mundiales. En tal caso, la vinculación del comercio y los recursos naturales mejoraría la cooperación en el comercio y en la ordenación de los recursos.

(ii) *El problema de la coherencia*

Otra cuestión es la relativa a la coherencia entre diferentes acuerdos internacionales. Como se explica en la subsección 2, la OMC forma parte de un marco de cooperación internacional mucho más amplio, y muchos aspectos de los recursos naturales son regulados por normas internacionales ajenas a la OMC. Ello plantea el desafío de mantener la coherencia entre estas otras normas internacionales y las normas del sistema multilateral de comercio. El desafío se hace más arduo debido a que los regímenes internacionales ya existentes continúan desarrollándose y se están creando nuevos regímenes.

Si bien la coordinación en el plano interno es fundamental para garantizar la coherencia entre los acuerdos internacionales, las iniciativas de alcance internacional también pueden ayudar a reducir el riesgo de incoherencia.⁶³ La coherencia entre regiones constituye a veces un objetivo expreso. Como ejemplos ilustrativos cabe citar los compromisos de mantener la coherencia entre las medidas comerciales y ambientales que se reflejan en la Decisión de la OMC de 1994 sobre Comercio y Medio Ambiente y los de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (véase la subsección 2). La creciente cooperación entre organizaciones internacionales también puede ayudar a promover la coherencia. El comercio y el medio ambiente son un buen ejemplo también en este caso. En abril de 2009, 25 organizaciones intergubernamentales tenían la condición de observador en el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, y entre ellas se encontraban el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y varios acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la CITES y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (WT/CTE/INF/6/Rev.5).

Existe un acuerdo de cooperación entre las Secretarías de la OMC y el PNUMA. La OMC tiene la condición de observador en el Consejo de Administración del PNUMA, y la Secretaría de la OMC asiste periódicamente a las reuniones principales de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente que prevén medidas relacionadas con el comercio. Asimismo, la OMC y el PNUMA presentaron recientemente un informe conjunto sobre comercio y cambio climático, OMC y PNUMA (2009). Las formas actuales de cooperación e intercambio de información entre la OMC, el PNUMA y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente se describen detalladamente en el documento TN/TE/S/2/Rev.2 de la OMC. Éste fue preparado por la Secretaría de la OMC para las negociaciones que los Ministros acordaron poner en marcha en Doha sobre "procedimientos para el intercambio regular de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y los criterios para conceder la condición de observador".⁶⁴

El carácter descentralizado del sistema internacional y la coexistencia de muchos regímenes internacionales dan lugar en algunos casos a la superposición de diferentes regímenes. Pocos piensan en la actualidad que la OMC es un régimen cerrado, impermeable a otras normas internacionales, aunque se debate sobre el grado de permeabilidad de la Organización y los mecanismos de transmisión. Los órganos jurisdiccionales de la OMC han buscado orientación en otros acuerdos internacionales al interpretar las disposiciones contenidas en los Acuerdos de la OMC, pero no está claro si otras normas internacionales pueden tener precedencia sobre los derechos y obligaciones de la OMC en algunas circunstancias.

Los Miembros de la OMC pueden quedar exentos conjuntamente de sus obligaciones en el marco de los Acuerdos de la OMC si existe la posibilidad de conflicto con medidas adoptadas en conformidad con otro acuerdo internacional, como ocurrió en relación con el Proceso de Kimberley (véase *supra*). La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha descrito varios instrumentos del derecho internacional para solucionar los casos de posible conflicto. No obstante, algunos Miembros de la OMC consideran necesario aclarar la relación entre la OMC y otros regímenes internacionales. En consecuencia, en la Conferencia Ministerial de Doha, en 2001, los Miembros de la OMC convinieron en celebrar negociaciones sobre la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, especialmente aquellos que contienen "obligaciones comerciales específicas". Los Miembros han convenido en que el ámbito de estas negociaciones se limitaría a la aplicabilidad de las normas de la OMC a los Miembros que hayan firmado el acuerdo multilateral sobre el medio ambiente objeto de consideración.

(e) Inversiones: el problema del oportunismo

La política comercial en los sectores de los recursos naturales no afecta únicamente al mercado del recurso propiamente dicho, sino que está también relacionada con el mercado de las licencias de exploración y extracción del recurso otorgadas a inversores internacionales por los gobiernos de países con recursos abundantes. Esos contratos implican una relación a largo plazo, ya que la exploración y extracción generalmente implican inmobilizaciones considerables (véase la sección B.3). Además, en los contratos se especifican con frecuencia algunos aspectos del régimen fiscal que determinan la

distribución de la renta entre las partes y los incentivos para las actividades futuras de exploración y desarrollo. El diseño de esos mecanismos contractuales es complejo, ya que deben alcanzar múltiples objetivos. La situación se complica todavía más por la inestabilidad de esos sectores y la incertidumbre acerca de cuestiones como la geología y los avances tecnológicos, así como por el hecho de que las diferentes partes en un contrato no disponen necesariamente de la misma cantidad de información.

Al gobierno receptor le preocupa no sólo el valor previsto de la renta, sino también los beneficios más amplios que la explotación del recurso significa para la economía. Además, cuando los ingresos procedentes de los recursos dominan la economía, las iniciativas en este sector son fundamentales para la estrategia de desarrollo del país (véase la sección C.4). En cambio, a los inversores internacionales quizá les preocupe que los considerables costos de capital iniciales tengan poco o ningún valor de uso alternativo y deban transcurrir años hasta su recuperación.

Este tipo de situación contractual expone a las partes a lo que los economistas denominan el problema del oportunismo (es decir, cuando en una relación contractual entre dos partes existe la preocupación de que una de ellas adquiera demasiado poder de negociación después que la otra se haya comprometido ya con su inversión). Concretamente, se trata de un problema de credibilidad que se presenta en las relaciones de inversión como la antes descrita. El gobierno tiene dificultades para comprometerse en forma creíble a no renegociar las condiciones del contrato. Puede verse obligado a introducir cambios normativos, por ejemplo, en el régimen fiscal, que repercutan en los beneficios de la compañía inversora. Ante esta perspectiva, los inversores se ven desmotivados por el riesgo de renegociación.

Este problema tiene tres aspectos principales: los gobiernos receptores pueden recibir un pago inicial más bajo, es probable que el volumen de inversión de las empresas sea inferior al nivel eficiente y quizá el ritmo de extracción sea superior al recomendable debido a que las empresas tratan de recuperar con mayor rapidez la inversión inicial. Este problema puede explicar en parte el nivel insuficiente de exploración, y quizá la extracción insostenible, de petróleo, gas y minerales en algunas regiones del mundo.

La cuestión fundamental es la incoherencia a la que puede tener que hacer frente el gobierno de la economía con recursos abundantes en cuanto al curso de sus acciones futuras. Esto da lugar a una disfunción del mercado, cuyo costo recae sobre todo en el país receptor, ya que los inversores internacionales prevén el problema y, por lo tanto, descuentan ese costo (invirtiendo menos). Por consiguiente, si el gobierno receptor pudiera fijar claramente el curso de sus acciones futuras en el marco de un mecanismo institucional adecuado, los beneficios serían recibidos fundamentalmente por el país con recursos abundantes.

Como la raíz del problema es la soberanía ilimitada del país receptor, no es de extrañar que la solución al problema de credibilidad exija la imposición de trabas al comportamiento de los gobiernos. En la misma línea del enfoque del compromiso en los acuerdos comerciales que se ha examinado en el recuadro 28, los gobiernos receptores muchas veces aceptan en el contexto de los tratados bilaterales sobre inversiones limitar su ámbito de acción y hacer frente a las consecuencias si modifican las condiciones del acuerdo. En los últimos años, esos tratados se han convertido en un mecanismo internacional dominante a

través del cual se protegen las inversiones (véase la sección E.2).

En general se considera que esos acuerdos contribuyen a aumentar la eficiencia, pero en los estudios pertinentes se observa una doble crítica. En primer lugar, las diferencias de poder son más pronunciadas en los sistemas bilaterales que en los multilaterales. Por ello, incluso cuando los países en desarrollo puedan realizar promesas creíbles a los posibles inversores extranjeros, sus beneficios globales quizá sean relativamente modestos (Guzmán, 1998). En segundo lugar, si los mecanismos de arbitraje previstos en los acuerdos no son eficaces, el problema del oportunismo sólo se resolverá parcialmente (Collier y Venables, 2008).

Algunos autores han propuesto utilizar la OMC y su mecanismo de cumplimiento para permitir a los gobiernos comprometerse con acuerdos de extracción e inversión en los sectores de los recursos naturales (Collier y Venables, 2008). Independientemente de la cuestión fundamental de si los Miembros de la OMC considerarían favorablemente esta idea, cabe señalar dos limitaciones importantes. En primer lugar, el sistema de solución de diferencias de la OMC se aplica únicamente a los Miembros de la OMC, y las entidades privadas no pueden iniciar un proceso de solución de diferencias. La segunda se refiere a las medidas correctivas. El sistema de solución de diferencias de la OMC sólo ofrece soluciones prospectivas y no brinda una oportunidad de obtener compensación por los posibles daños. Por el contrario, los inversores extranjeros pueden obtener indemnización monetaria por los daños sufridos en el arbitraje internacional en materia de inversiones, en que se puede incluir el lucro cesante (Dolzer y Schreuer, 2008).

Como se ha señalado antes, en 1996 se estableció un Grupo de Trabajo de la OMC sobre comercio e inversiones. Los debates sobre el comercio y las inversiones se incluyeron inicialmente en el mandato de la Ronda de Doha, pero en 2004, los Miembros de la OMC decidieron excluir de la negociación esas cuestiones.⁶⁵

(f) Competencia

Por las razones mencionadas en la sección C, la producción y/o exportación de recursos naturales se concentran con frecuencia en un pequeño número de empresas, lo que se traduce muchas veces en una competencia imperfecta en esos mercados. En el análisis económico de la sección C se observan también algunos efectos de la competencia imperfecta en el comercio de recursos naturales. En primer lugar, se ha señalado que un monopolio o un cártel pueden dar lugar a una extracción ineficiente (es decir, a un ritmo más lento del debido) de los recursos naturales no renovables.⁶⁶ En la situación de un cártel con monopolio de exportación, ello implica una pauta ineficiente en el volumen del comercio. Un segundo problema examinado en la sección C es que, con la asignación de contingentes de exportación o de producción, los cárteles de recursos pueden determinar pautas comerciales sin relación con la ventaja comparativa. Un tercer problema, mencionado sólo brevemente en la sección B.3, es que las empresas verticalmente integradas (o los cárteles) pueden poner en peligro el acceso de los proveedores extranjeros al mercado.

Los gobiernos pueden encontrarse con incentivos diferentes y adoptar actitudes distintas con respecto a la competencia imperfecta en los sectores de los recursos naturales. En algunos casos, los gobiernos de los países con recursos abundantes participan intensamente en acuerdos de

exportación colusorios. En otros casos, permiten las prácticas colusorias entre los exportadores mientras no afecten a los mercados internos. Los gobiernos de los países exportadores, por ejemplo, quizá tengan pocos incentivos para imponer disciplinas a las empresas exportadoras que ejercen su poder de mercado en mercados extranjeros. La razón es que las rentas de monopolios recaen sobre el propio país, mientras que la pérdida del consumidor debida a los altos precios se hace sentir sobre todo en los otros países (importadores). En cuanto a los gobiernos de los países que importan recursos, pueden responder a las prácticas colusorias o monopolísticas con políticas comerciales, como se examina en la sección D, o, cuando los cárteles de exportación implican a empresas privadas, persiguiendo los comportamientos colusorios.⁶⁷

Desde la perspectiva de la cooperación y reglamentación en el ámbito del comercio, algunos comportamientos gubernamentales en relación con las prácticas colusorias pueden generar externalidades transfronterizas. Así ocurriría, por ejemplo, cuando los gobiernos de los países exportadores no imponen disciplinas a las empresas exportadoras que ejercen su poder de mercado en mercados extranjeros. Como ya se ha mencionado, ello podría dar lugar a que los gobiernos extranjeros utilicen la política comercial como medio de transferir rentas internacionalmente y, por consiguiente, constituye una falta de cooperación que reduce el bienestar. Esta situación podría utilizarse como argumento en favor de la negociación de disciplinas sobre la competencia, quizá a cambio de concesiones arancelarias. No obstante, téngase en cuenta que, como segunda opción, podría aducirse que una extracción más lenta podría compensar los efectos ambientales negativos. Además, en algunos casos los monopolios en estos sectores pueden ser resultado de una situación de monopolio natural más que de la falta de competencia. Lo mismo que en el caso de las inversiones, los Miembros de la OMC decidieron en 2004 excluir las cuestiones relativas a la competencia de las negociaciones de la Ronda de Doha.

(g) Tránsito y transporte

En los últimos años, se han debatido en la OMC varias cuestiones relacionadas con el tránsito de recursos naturales, en particular el gas. El artículo V del GATT obliga a los Miembros de la OMC a garantizar la libertad de tránsito por su territorio. Esta libertad evita que terceros países impidan el comercio y permite a los exportadores reducir los costos de transporte. No obstante, como se explica en la sección E.1, hay opiniones divergentes acerca del alcance del artículo V. Una cuestión que se ha debatido es si éste se aplica únicamente a los modos de transporte "móviles" o también al transporte a través de infraestructuras fijas, como las tuberías. En el primer caso, ello significaría que no estaría garantizada la libertad de tránsito para los recursos naturales transportados por tubería.

La importancia de las normas de tránsito para el comercio de productos relacionados con la energía, en particular el petróleo y el gas, ha contribuido a resaltar la importancia del artículo V del GATT en la OMC. Las negociaciones de la Ronda de Doha sobre la facilitación del comercio ofrecen una oportunidad de aclarar y reforzar las disciplinas contenidas en esa disposición. Se ha propuesto hacer que el artículo V se aplique expresamente a las infraestructuras fijas (como las tuberías y redes). De esa manera se garantizaría que las empresas con privilegios especiales cumplieran las disciplinas sobre el tránsito. Se ha propuesto también el establecimiento de una obligación general de

trato nacional para las mercancías en tránsito (Cossy, 2009). Otras propuestas están relacionadas con las disciplinas relativas a los derechos y cargas, las formalidades y requisitos de documentación para el tránsito y los acuerdos o convenios regionales de tránsito (Marceau, 2010b). El alcance del artículo V se ha examinado también en negociaciones de adhesión a la OMC. En consecuencia, varios Miembros que se han adherido recientemente a la OMC han confirmado en su Protocolo de Adhesión el compromiso de cumplir las obligaciones de la OMC sobre el tránsito y, en un caso, se ha hecho referencia expresa a la energía.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) abarca los servicios de transporte de energía, en particular, i) los servicios relacionados con la distribución de energía, en que se incluyen los servicios de transmisión y distribución, a comisión o por contrata, de electricidad, combustibles gaseosos, vapor y agua caliente, y ii) el transporte por tuberías de petróleo crudo o refinado, productos derivados del petróleo y gas natural. Si bien todos los Miembros de la OMC deben ofrecer el trato de la nación más favorecida a los servicios y proveedores de servicios de esos dos sectores, pocos han asumido compromisos específicos en el marco del AGCS. Sólo las Listas de 18 Miembros recogen compromisos sobre los servicios relacionados con la distribución de la electricidad y 12 sobre el transporte por tuberías. Estos compromisos han sido asumidos sobre todo por países que se han adherido a la OMC en los 10 últimos años.

Los servicios de transporte de energía han quedado al margen de las negociaciones sobre acceso a los mercados para los servicios de la Ronda de Doha, quizá porque continúa siendo un tema delicado para la mayoría de los Miembros de la OMC. La resistencia a asumir compromisos en el marco del AGCS en esos dos sectores contrasta con el interés manifestado por varios Miembros en negociar compromisos en otros servicios relacionados con la energía, en particular la exploración, la extracción, la ingeniería y la consultoría.

Los compromisos específicos en el marco del AGCS contribuyen a la previsibilidad y estabilidad de las condiciones de acceso a los mercados para los proveedores y suministros de servicios extranjeros. No obstante, en lo que se refiere a las redes de transporte de energía, quizá no sean suficientes para garantizar una competencia y un acceso efectivos. El sector de la energía se ha caracterizado tradicionalmente por la existencia de grandes monopolios estatales verticalmente integrados que gestionan las redes de transmisión y distribución. En particular, las tuberías implican elevados costos fijos y largos plazos de ejecución, por lo que su multiplicación resulta antieconómica. En consecuencia, muchas veces se encuentran en manos de un proveedor monopolístico, ya sea público o privado.⁶⁸ A su vez, ello representa un gran obstáculo para el ingreso de posibles participantes.

El artículo VIII del AGCS impone algunas disciplinas a los monopolios y proveedores exclusivos, pero son insuficientes para garantizar un acceso justo y equitativo a las redes de energía. Esta es la razón por la que algunos Miembros de la OMC propusieron disciplinas adicionales para los servicios de energía inspiradas en el Documento de Referencia sobre los servicios de telecomunicaciones.⁶⁹ Estas nuevas disciplinas podrían incluir disposiciones como el acceso no discriminatorio de terceros⁷⁰ a las redes y otras infraestructuras esenciales y la interconexión con ellas, el establecimiento de un organismo regulador que no dependa

de ningún proveedor, y prescripciones que impidan determinadas prácticas contrarias a la competencia para los servicios de energía en general.

Cabe señalar que el Documento de Referencia no es un requisito imprescindible para asumir compromisos adicionales en el marco del artículo XVIII del AGCS. Un Miembro ha asumido ya un compromiso adicional sobre los servicios de transporte por tuberías. En su Lista anexa al AGCS, Ucrania "se compromete a garantizar la plena transparencia de la formulación, adopción y aplicación de las medidas que afectan al acceso a los servicios de transporte por tuberías y al comercio de éstos". Se compromete asimismo a "garantizar el cumplimiento del principio de trato no discriminatorio en cuanto al acceso a las redes de tuberías bajo su jurisdicción y a la utilización de éstas, de conformidad con las capacidades técnicas de estas redes, con respecto al origen, destino o propiedad del producto transportado, sin imponer demoras, restricciones o tasas injustificadas ni precios discriminatorios basados en las diferencias de origen, destino o propiedad".⁷¹

(h) Distinción entre bienes y servicios

El comercio de bienes y el comercio de servicios están sujetos a disciplinas diferentes en la OMC, y un requisito para la aplicación del AGCS es comprobar que la actividad de que se trate constituye el suministro de un servicio. Esta distinción no siempre es fácil de hacer con respecto a las actividades vinculadas con la explotación y elaboración de recursos naturales.

En la OMC se reconoce que la producción de bienes por una empresa en su propio nombre –es decir realizada por una compañía que posee la materia prima que elabora– no es un servicio incluido en el AGCS. La cuestión es menos clara con respecto a la producción a comisión o por contrata, cuando una compañía produce bienes que son propiedad de otros. Esta cuestión se plantea en el sector manufacturero (textiles o automóviles, por ejemplo), en el que es frecuente la elaboración o montaje de material perteneciente a otros. Puede ser también importante en algunas actividades de elaboración de recursos naturales, como el refinado del petróleo, si se considera que equivalen a la producción de un bien (véase el párrafo siguiente). La cuestión de si la producción a comisión o por contrata debe considerarse un servicio y, por lo tanto, se incluiría en el AGCS, fue examinada hace varios años por los Miembros de la OMC, que no llegaron a una conclusión definitiva.

Una cuestión conexa es la distinción entre la producción propiamente dicha y los servicios relacionados con la producción. Como se ha señalado antes, el AGCS abarca varios servicios relacionados con la explotación y elaboración de recursos naturales, como los servicios relacionados con la silvicultura, la pesca, la minería y las manufacturas. Estas actividades no representan el proceso de producción en su totalidad, pero forman parte integrante y esencial del mismo. Se incluyen en el AGCS cuando se realizan a comisión o por contrata.

No obstante, en algunas situaciones puede ser difícil distinguir entre la producción y las actividades relacionadas con ella, sobre todo cuando el proceso de producción consiste en una cadena de actividades relacionadas entre sí. Son ilustrativos los dos ejemplos siguientes del sector de la energía. Los Miembros de la OMC consideran que la perforación, que representa una contribución importante a la extracción del petróleo, es un "servicio relacionado con la

minería". Así pues, la perforación se clasifica como servicio si es realizada a comisión o por contrata por una entidad independiente, pero representa un valor añadido al bien extraído si es realizada por la entidad propietaria de la materia prima (el petróleo). Los Miembros de la OMC mantienen opiniones divergentes acerca de actividades como el refinado del petróleo y la licuefacción y regasificación del gas. Algunos consideran que son servicios y otros estiman que se trata de la producción de un bien, ya que implican cierta transformación del producto.⁷²

En la práctica, quizá no sea siempre fácil clasificar una determinada actividad como servicio o como producción de un bien. El AGCS no ofrece ninguna indicación al respecto, ya que no define el concepto de servicio. La clasificación de una actividad determinada como servicio o como producción de un bien puede tener sin duda importantes consecuencias con respecto a las disciplinas de la OMC. Por ejemplo, si el refinado del petróleo se considera un servicio, gozaría de la protección a la inversión básica en virtud del AGCS a través del modo 3. Si, por el contrario, se considera producción de un bien, se incluiría en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, que no protege la inversión en cuanto tal.⁷³

(i) *Derechos de propiedad intelectual y conservación de los recursos naturales*

En la sección C se ha hecho hincapié en que la tecnología puede tener un efecto ambiguo en la conservación de los recursos naturales. La innovación puede dar lugar a invenciones que permiten el ahorro de recursos, facilitar el descubrimiento de recursos alternativos e introducir nuevas tecnologías que reduzcan las externalidades ambientales negativas. Estas innovaciones pueden considerarse favorables a los recursos naturales, ya que contribuyen positivamente a evitar el agotamiento de las existencias o a mitigar los posibles efectos negativos asociados con el comercio de recursos naturales. No obstante, en otras situaciones, las innovaciones tecnológicas pueden representar una maldición para la conservación de los recursos. Así ocurre claramente cuando las invenciones aumentan la capacidad de extracción de un recurso sobreexplotado.

El desarrollo y difusión de tecnologías favorables a los recursos es una de las cuestiones contempladas en el debate acerca de la protección eficiente de los derechos de propiedad intelectual (DPI). Unos DPI sólidos alientan las actividades de investigación y desarrollo, lo que permite a las compañías recuperar sus inversiones mediante la protección de los derechos de uso de sus invenciones. No obstante, con la protección que otorgan a las compañías innovadoras, pueden restringir el acceso a tecnologías clave para países en desarrollo ricos en recursos, ya que los DPI pueden elevar el costo de adoptar y difundir tecnologías favorables a los recursos.

El diseño eficiente de normas internacionales sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual debe lograr un equilibrio entre la necesidad de fomentar la invención y la innovación y la de difundir las tecnologías útiles en la medida más amplia posible.⁷⁴ Debe tenerse en cuenta que unos DPI sólidos no limitan necesariamente la difusión tecnológica. Acemoglu y Zilibotti (2001) observan que un régimen débil de DPI impide la difusión tecnológica en todo el mundo, pues los DPI mal definidos en los países en desarrollo alientan a las empresas de las economías avanzadas a tener sobre todo en cuenta las necesidades de sus propios mercados, produciendo tecnologías inadecuadas para los países en desarrollo.⁷⁵

Dos ejemplos pueden aclarar de qué forma el acceso a tecnologías favorables a los recursos por parte de los países en desarrollo ricos en recursos puede ser un medio importante de conservación. En la sección C.3 se analizan ampliamente los problemas del libre acceso en el contexto de los recursos naturales, por ejemplo, en los sectores de la pesca y la silvicultura, y los posibles efectos negativos de la apertura del comercio en el bienestar, cuando se da esta disfunción del mercado. Una enseñanza importante de ese debate está relacionada con el papel de los derechos de propiedad *de facto* sobre el recurso natural. Un estudio reciente de Copeland y Taylor (2009) señala que la introducción de derechos de propiedad formales quizá no baste para hacer frente a los problemas del libre acceso cuando los gobiernos no tienen suficiente capacidad de supervisión. La razón es precisamente que, en ese caso, los derechos de propiedad *de facto* sobre el recurso natural son débiles ya que es difícil detectar las posibles infracciones (y, por lo tanto, los derechos de propiedad formales no tienen mucho valor). La difusión de tecnologías basadas en el uso de satélites puede facilitar la supervisión de los bosques, con lo que se limitarían las oportunidades de fraude y de extracción ilegal, lo que a su vez reforzaría el régimen de derechos de propiedad.

Un segundo ejemplo presentado en estudios recientes, como el de Brock, Kinzig y Perrings (2007), es el de las especies de plantas invasivas cuyo comercio a nivel internacional genera una externalidad ambiental negativa. En este caso, las innovaciones científicas, como la utilización del "código de barras" del ADN de especies vegetales (un método de identificación de plantas) podría facilitar la introducción de un "escáner" de plantas que pudiera ser utilizado por los funcionarios de aduanas para identificar fácilmente las especies potencialmente invasivas. Si bien la concesión y observancia de los derechos de propiedad intelectual crean un entorno jurídico que contribuye a esos avances tecnológicos, la difusión internacional de esas tecnologías es un factor importante para compaginar el comercio internacional y la conservación adecuada de los recursos naturales.

El objetivo esencial de la concesión y observancia de los derechos de propiedad intelectual, en la forma prevista en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), es promover la innovación necesaria y facilitar la difusión de tecnología respetando el equilibrio entre los intereses legítimos de una manera socialmente beneficiosa. En el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC se establece que la propiedad intelectual deberá "contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones". Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC establece normas generales para la protección de la propiedad intelectual en virtud de leyes nacionales, en la práctica corresponde a los responsables de políticas y legisladores nacionales lograr este "equilibrio".

4. Conclusiones

En esta sección del informe se ha hecho hincapié en varios aspectos de la cooperación internacional para gestionar el comercio de recursos naturales. Se ha insistido mucho, pero no sólo, en el papel de la OMC en este terreno. Se ha reservado también cierto espacio al examen de otros acuerdos internacionales e iniciativas relacionadas con los recursos naturales.

El marco jurídico e institucional de la OMC ha contribuido a la expansión del comercio mundial de recursos naturales. Se ha analizado con bastante detalle la pertinencia de las normas de la OMC, y en particular algunas características distintivas que se han utilizado como temas a lo largo del informe. Son las siguientes: la desigual distribución geográfica y la agotabilidad de los recursos naturales, las externalidades ambientales asociadas con su uso, su carácter predominante dentro de las economías nacionales y la inestabilidad de los mercados de esos productos.

Una conclusión importante acerca del alcance de las normas es que la OMC, en general, no regula los recursos naturales antes de su extracción o recolección. No obstante, en algunos casos las normas pueden tener repercusiones en un recurso natural no extraído o no recolectado. La madera en pie suministrada por un gobierno por una remuneración inferior a la adecuada sería una subvención en virtud del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Además, la explotación, extracción y distribución de los recursos naturales pueden implicar actividades de servicios que se incluyen en el ámbito del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ofrece una base jurídica para promover la innovación y la transferencia de tecnología, de particular relevancia para los recursos naturales, ya que las nuevas tecnologías crean nuevas oportunidades de exploración y promueven un uso más eficiente de los recursos naturales.

Las normas de la OMC no se redactaron expresamente para regular el comercio internacional de recursos naturales. Ello ha podido dar lugar en algunos casos a lagunas en materia de reglamentación, o al menos a una falta de claridad acerca de la aplicabilidad precisa de las normas en las circunstancias concretas que caracterizan al comercio de recursos naturales. En esta sección se han destacado varios de esos desafíos.

Un desafío es resolver las deficiencias de reglamentación implícitas en las políticas de empobrecimiento del vecino. Una justificación económica clave de las normas de la OMC es inducir a los gobiernos a tener en cuenta los efectos negativos que sus medidas unilaterales pueden tener en los interlocutores comerciales, ya que la falta de cooperación da lugar a una pérdida de bienestar desde el punto de vista del bienestar mundial. Los impuestos y las restricciones cuantitativas aplicables al comercio pueden tener un componente de empobrecimiento del vecino. Un acuerdo entre los Miembros de la OMC de contraer compromisos vinculantes en materia de impuestos a la exportación podría ser mutuamente beneficioso, aunque para los distintos gobiernos ello puede depender de las razones por las que utilizan esas medidas. Lo mismo que en las negociaciones comerciales, podrían buscarse soluciones de compromiso en un plano más amplio, y no sólo entre los Miembros que aplican esas medidas. Incluso dentro de los límites de los impuestos aplicables al comercio, se podría llegar a una

solución de compromiso entre los impuestos a la exportación de recursos naturales y los aranceles de importación aplicables a los productos de mayor valor añadido, de manera que se compensaran realmente dada la progresividad arancelaria en los procesos manufactureros.

Otro desafío es el resultante de la necesidad de garantizar la sostenibilidad de los recursos naturales. Esto puede requerir aumentar la flexibilidad prevista en algunas de las normas actuales. Por ejemplo, algunas subvenciones pueden contribuir a una mejor gestión de un recurso o de las externalidades ambientales derivadas de su extracción y su uso. Otras esferas donde las actuales normas de la OMC se interrelacionan con las políticas de conservación son los reglamentos internos y el diseño y aplicación de los derechos de propiedad intelectual.

Otra cuestión señalada en el estudio se plantea cuando algunas medidas internas y comerciales están sujetas a diferentes disciplinas, aun cuando tengan los mismos efectos económicos. Habida cuenta de la concentración geográfica de los recursos naturales –y, por lo tanto, del hecho de que los países con escasos recursos dependen de su importación–, y de que los países ricos en recursos exportan casi toda su producción, hay ocasiones en que las medidas comerciales tienen efectos muy similares a las medidas reglamentarias nacionales. En esos casos, la reglamentación de la medida comercial es condición necesaria pero no suficiente para alcanzar un comercio de recursos naturales libre de distorsiones. Por ejemplo, un impuesto sobre el consumo en un país importador puede ser el equivalente de un arancel de importación. Una restricción de la producción en un país rico en recursos puede tener un efecto equivalente a una restricción de la exportación. De la misma manera, un impuesto a la exportación tiene efectos comparables a una subvención interna en lo que respecta al consumo de ese recurso. Cuando se da esta equivalencia, no hay ninguna base económica para regular esas políticas de manera diferente.

Otro desafío es el de mejorar la reglamentación de las políticas de autoempobrecimiento. Una medida podría ser beneficiosa a corto plazo, quizá por razones de economía política, pero conllevar importantes costos a largo plazo. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de una subvención ofrecida a la explotación de un recurso que tiene un problema de libre acceso. Otro ejemplo es que, en ausencia de normas internacionales sobre la inversión, los países ricos en recursos quizá se vean expuestos al problema del oportunismo. La mejora de las disciplinas de inversión podría ayudar a esos países a mejorar la credibilidad de sus políticas en relación con las inversiones cuando se comprometen a aplicar unas normas previamente convenidas.

Aunque el comercio de la mayoría de los recursos naturales incluidos en el presente informe cuenta con pocos obstáculos comerciales, las corrientes comerciales de algunos sectores deben superar todavía algunos obstáculos. Un buen ejemplo sería la libertad de tránsito. Una interpretación estricta de las obligaciones de la OMC en esta esfera podría excluir de su ámbito el transporte a través de infraestructuras fijas, como las tuberías, y dar lugar a una incertidumbre reglamentaria. Esta incertidumbre puede tener consecuencias en el acceso a los suministros de recursos. La adhesión a la OMC de varios proveedores de productos tradicionales basados en la energía –actualmente en proceso de negociación– reducirá la incertidumbre, ya que establecerá un marco reglamentario para una parte significativa del comercio de recursos naturales.

Finalmente, se han examinado dos cuestiones importantes en relación con la claridad y coherencia de los mecanismos de cooperación internacional. La primera de ellas hace referencia a la línea de separación o el solapamiento de los diferentes acuerdos dentro del sistema de la OMC. Con respecto a las actividades asociadas con la explotación y elaboración de los recursos naturales, no siempre es claro si corresponden al ámbito del GATT o del AGCS. La falta de claridad reduce la certeza. La segunda cuestión es la relación entre la OMC y otros acuerdos internacionales.

Muchos aspectos de los recursos naturales están regulados por normas internacionales ajenas a la OMC. La dependencia, continua y cada vez mayor, de los recursos naturales en la economía mundial, la agotabilidad de esos recursos y la necesidad de mitigar las externalidades negativas relacionadas con su explotación y consumo son desafíos a los que sólo se puede hacer frente eficazmente a través de la cooperación internacional y un mejor sistema de gobernanza mundial.

Notas

- 1 Debe tenerse en cuenta que antes de la segunda guerra mundial los productos primarios eran sobre todo productos agrícolas y los problemas relacionados con el descenso y la volatilidad de los precios de los productos básicos afectaban tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo (muchos de los cuales eran todavía colonias). En aquella época, no existía un problema específico de los países en desarrollo.
- 2 Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay algunos participantes propusieron normas multilaterales más rigurosas para hacer frente a ciertas políticas relacionadas con el petróleo y los productos de petróleo. Estas iniciativas procedían, en su mayor parte, del Grupo de negociación sobre los productos basados en recursos naturales (Stewart, 1993).
- 3 El artículo XXVIII del GATT prevé un mecanismo para que un Miembro de la OMC pueda modificar su Lista de compromisos y elevar un arancel por encima del nivel consolidado. Este Miembro estaría obligado a ofrecer una compensación a los otros Miembros. El artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias prevén un mecanismo para la elevación temporal de los aranceles cuando un aumento de las importaciones cause, o amenace causar, un daño grave a una rama de producción nacional.
- 4 Véase el Entendimiento relativo a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994. Esta prohibición excluye las cargas equivalentes a un impuesto interior, las medidas antidumping y los derechos compensatorios, y los derechos de aduana proporcionales al costo de los servicios prestados.
- 5 Otra excepción, prevista en el párrafo 2 c) del artículo XI del GATT, permite imponer restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto, entre otros, restringir la cantidad del producto nacional "similar" que pueda ser comercializada o eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar. Actualmente los productos agrícolas están sujetos a las disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura. El pescado y sus productos están excluidos del Acuerdo sobre la Agricultura y, por lo tanto, esta disposición puede seguir siendo pertinente para esos productos.
- 6 Esta obligación no alcanza al trato más favorable que se concede en el marco de una zona de libre comercio o de una unión aduanera, de conformidad con el artículo XXIV del GATT, o con arreglo a un acuerdo de comercio preferencial adoptado en virtud de la Cláusula de Habilitación.
- 7 Véanse los documentos G/STR/N/3/BRA y G/STR/N/7/VEN.
- 8 El apartado i) del artículo XX se examina más adelante, en relación con el problema de la volatilidad.
- 9 Esta expresión procede del informe de 1987 del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Arenque y Salmón*. Aunque el Órgano de Apelación basó su análisis en esta interpretación, advirtió que la frase "no pertenece en sí misma al texto de un tratado y no está concebida como criterio simple para comprobar la inclusión en el ámbito del apartado g) del artículo XX o la exclusión de ese ámbito" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 22).
- 10 GATT, IBDD 3S/122 (1955).
- 11 Decisión de 20 de febrero de 1970, L/3361, 17S/18.
- 12 Pasaje citado de EPCT/A/PV/30, página 22; el informe figura en EPCT/W/245.
- 13 *Decisión sobre el comercio de servicios y el medio ambiente*, adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995, S/L/4.
- 14 *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente*, WT/CTE/1, párrafos 153-158 y 210 y 211.
- 15 Véase también *El comercio y el medio ambiente en la OMC* (2004), OMC.
- 16 Parece ser que la excepción de penuria local tampoco se invocó muchas veces en el GATT. Cuando se examinó la necesidad de mantener el apartado j) en el decimosexto período de sesiones, celebrado en 1960, las Partes Contratantes señalaron que "las partes contratantes se han acogido a él en un número relativamente reducido de casos..." (véase el *Índice Analítico del GATT*, página 656).
- 17 Notas informativas, Conferencia Ministerial de Hong Kong, China, 2005. Pueden consultarse en línea en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/brief_s/brief00_s.htm.
- 18 Estos criterios fueron articulados por primera vez por el Grupo de Trabajo sobre los Ajustes Fiscales en Frontera, de 1970. Varios informes del Órgano de Apelación y de grupos especiales han seguido este enfoque: véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas*, nota 46.
- 19 Un útil examen de los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT figura en la Nota de la Secretaría, "Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT" (WT/CTE/W/203) (puede consultarse en <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/wt/cte/w203.doc>).
- 20 Véase el informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Cigarrillos*, párrafo 73 ("... el hábito de fumar representaba un riesgo grave para la salud humana y [que], en consecuencia, las medidas destinadas a reducir el consumo de cigarrillos estaban incluidas en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX"). Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.21: "... una política destinada a reducir la contaminación del aire resultante del consumo de gasolina era una política comprendida en el grupo de las políticas que tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, conforme a lo enunciado en el apartado b) del artículo XX".
- 21 Marceau y Wyatt (2009) observan que el artículo XIV del AGCS no contiene una excepción que sea equivalente a la del apartado g) del artículo XX del GATT. Sostienen que el Órgano de Apelación podría haber tenido esto en mente cuando interpretó el apartado b) del artículo XX y que "quizás estuviera influenciado por la posibilidad de caer en la incoherencia absurda de que una medida de protección del medio ambiente sea permisible para el comercio de mercancías, pero no para el de servicios".

- 22 El Órgano de Apelación agregó que cuando una autoridad investigadora actúa de este modo está obligada a asegurar que el punto de referencia alternativo que utilice guarda relación o conexión con, o se refiere a, las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro (incluidas las del precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta) con miras a determinar, en última instancia, si los bienes en cuestión fueron suministrados por el gobierno por una remuneración inferior a la adecuada (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 120).
- 23 *Protocolo de enmienda del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio por el cual se incorpora en éste una Parte IV relativa al comercio y el desarrollo*, IBDD 13S/2 (1965).
- 24 Varios Miembros de la OMC han propuesto la adopción de un mecanismo transparente para los acuerdos de comercio preferencial, parecido al que adoptó provisionalmente el Consejo General para los acuerdos comerciales regionales (véase el documento JOB(08)103/Rev.1).
- 25 *Jus cogens* es un principio del derecho internacional que no consiente derogación alguna. La prohibición del genocidio, la piratería marítima y la esclavitud son otros tantos ejemplos de lo que la comunidad internacional considera incluido en este principio.
- 26 El comercio y el medio ambiente en la OMC; WT/CTE/W160/Rev.4.
- 27 Con arreglo al principio de eficacia, la interpretación de un tratado no ha de privar de significado a un término del mismo. Marceau (2006) explica cómo ha empleado este principio el Órgano de Apelación para asegurar la coherencia interna de los Acuerdos de la OMC.
- 28 Existe también un Foro de Países Exportadores de Gas que cuenta con 11 miembros y 2 observadores. En conjunto esos países controlan casi el 70 por ciento de las reservas probadas de gas natural del mundo.
- 29 Victor y Yueh (2010) señalan la dificultad en aumentar el número de miembros de la AIE, por el requisito de que sus miembros pertenezcan también a la OCDE. Estos autores sostienen en consecuencia que "una AIE de 28 miembros incluye a muchos países con necesidades energéticas pequeñas y en disminución, pero excluye a consumidores gigantescos de energía como China y la India".
- 30 El trato preferencial concedido en virtud de los acuerdos comerciales regionales no ha de hacerse extensivo necesariamente a los restantes Miembros de la OMC siempre y cuando se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo XXIV del GATT (para los bienes) y en el artículo V del AGCS (para los servicios). La Cláusula de Habilitación puede ser aplicable a los acuerdos entre países en desarrollo Miembros.
- 31 El Anexo 314 prevé determinadas excepciones para México en relación con los productos alimenticios. En el caso de los productos petroquímicos básicos, la disposición pertinente es el artículo 604.
- 32 El párrafo 2 a) del artículo XI y los apartados g), i) o j) del artículo XX del GATT se examinan en la sección 1 *supra*.
- 33 Artículo 7 7) del TCE.
- 34 El artículo 13 prevé determinadas condiciones para la expropiación. La expropiación tiene que hacerse por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva. El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada, inmediatamente antes del anuncio de la expropiación.
- 35 El incumplimiento de contratos individuales de inversión por el país receptor se considera una violación del Tratado. El inversor puede abrir un procedimiento de controversia contra el Estado receptor, de conformidad con el artículo 26 del TCE.
- 36 Considerando la importancia de la no discriminación en la fase previa a la inversión, en 1995 se abrieron negociaciones para celebrar un tratado suplementario, que no han concluido.
- 37 Para más detalles, véase la Nota de la Secretaría de la OMC que contiene una matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (WT/CTE/W160/Rev.4).
- 38 En el recuadro 27 se examina la eventual justificación de las medidas ambientales a tenor del artículo XIV del AGCS.
- 39 Algunos Miembros de la OMC consideraron que las medidas adoptadas de conformidad con el Proceso de Kimberley son compatibles con las normas de la OMC. Así pues, en la Decisión se observa que la exención "no prejuzga la compatibilidad de las medidas internas adoptadas en conformidad con el Sistema de Certificación del Proceso de Kimberley con las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC, incluidas las excepciones pertinentes en la OMC, y ... que la exención se concede por razones de certidumbre jurídica".
- 40 Cuando en una relación contractual entre dos partes existe la preocupación de que una de ellas adquiera demasiado poder de negociación después de que la otra se haya comprometido ya con su inversión.
- 41 A veces los Estados han organizado dispositivos de arbitraje *ad hoc* para resolver ciertas diferencias entre ellos en materia de inversiones, como el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos.
- 42 Janow y Staiger (2003) proponen una interpretación económica de la opinión según la cual un impuesto a la exportación puede ser una forma de subvención a la producción en otros sectores de la economía. Ésta sirve de base para una línea argumental alternativa en virtud de la cual el Grupo Especial podría haber considerado que las limitaciones a la exportación no podían constituir nunca subvenciones específicas.
- 43 Estas obras están basadas en los supuestos de unos mercados perfectamente competitivos. Ossa (2008) explora el papel de los acuerdos comerciales en un entorno imperfectamente competitivo. Si bien en este contexto aparecen efectos secundarios transfronterizos distintos del efecto de la relación de intercambio, el papel de un acuerdo comercial continúa siendo el de neutralizar una externalidad internacional.
- 44 Bagwell y Staiger (2002), capítulo 6, contiene una introducción sobre los modelos formales de observancia en los acuerdos comerciales.
- 45 En las negociaciones de adhesión, el uso de los derechos aplicables a la exportación se ha regulado en algunos casos mediante compromisos contraídos en los informes de grupos de trabajo, en vez de mediante listas de consolidaciones.
- 46 Véanse los documentos TN/MA/W/1 y TN/MA/W/5 de la OMC.
- 47 Véase el documento TN/AG/W/4/Rev.4 de la OMC, de 6 de diciembre de 2008.
- 48 Véase la sección E.2 b) iii).
- 49 Este argumento se basa en la teoría de Bagwell y Staiger (2002) de la cooperación comercial basada en reducciones arancelarias mutuamente provechosas.
- 50 Como se observa en la sección C, un modelo dinámico revela que estos efectos en la relación de intercambio son de breve duración y, a la larga, esas medidas pueden producir el efecto contrario. No obstante, un análisis que pone de manifiesto las consecuencias inmediatas de esas políticas continúa siendo útil, ya que los gobiernos muchas veces valoran los efectos inmediatos de sus decisiones, por razones de economía política.
- 51 Véase el documento TN/MA/W/15/Add.4/Rev.3.
- 52 Véase el documento JOB(06)/14.
- 53 Así ocurre cuando no se observan disfunciones en el mercado. No obstante, cuando los derechos de propiedad están mal definidos y el sector de los recursos naturales sufre un problema de libre acceso, el volumen del comercio quizá no alcance el nivel óptimo. Esta situación se examinará luego con mayor detalle en el caso de las subvenciones a la pesca.
- 54 Véase Bagwell y Staiger (2002), capítulo 10.
- 55 Documento TN/RL/W/213 de la OMC.
- 56 Se distingue entre subvenciones que aumentan o mantienen la capacidad (como las subvenciones de capital para la construcción de embarcaciones) y las que mantienen a las embarcaciones en actividad (subvenciones a los costos variables, por ejemplo para el combustible).

- 57 Véase el documento TN/RL/GEN/135.
- 58 El texto completo en inglés del comunicado puede consultarse en: http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf.
- 59 Véase el debate sobre la aplicabilidad del artículo XX del GATT al Acuerdo SMC en la sección E.1.
- 60 Staiger y Sykes (2009) presentan una aplicación interesante de este modelo. Como en Bagwell y Staiger (2001a), la externalidad es puramente local, pero Staiger y Sykes (2009) prevén una reglamentación interna, por ejemplo una norma relativa a un producto, que implica un costo de observancia para los productores. Este modelo revela que, en ausencia de normas sobre la no discriminación, los gobiernos tienen un incentivo para imponer normas sobre productos discriminatorias una vez que han contraído sus compromisos sobre los aranceles. Ello se debe al deseo de trasladar a los productores extranjeros parte del costo asociado con la reglamentación. Como en Bagwell y Staiger (2001a), cuando la discriminación normativa está prohibida en virtud de un tratado, los gobiernos siguen teniendo un incentivo para utilizar normas internas con objeto de erosionar los compromisos de acceso a los mercados convenidos en negociaciones precedentes.
- 61 En el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación tuvo que examinar si la prohibición de importar neumáticos recauchutados podía justificarse en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT como medida necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. En su análisis de la cuestión, el Órgano de Apelación destacó que era preciso "situar la prohibición de las importaciones en el contexto general de la estrategia global diseñada y aplicada por el Brasil para ocuparse de los neumáticos de desecho". Esta estrategia general incluía un plan de recogida y eliminación, que obligaba a los fabricantes nacionales de neumáticos nuevos y a los importadores de neumáticos a hacerse cargo de la eliminación segura de los neumáticos de desecho en determinadas proporciones, así como una prohibición de importación de neumáticos usados (informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 154).
- 62 Véase el examen del artículo XX del GATT en la sección E.1.
- 63 Muchas veces diferentes departamentos gubernamentales representan al mismo Estado en los distintos foros en que se negocian las normas internacionales que afectan a los recursos naturales, lo que plantea un riesgo de incoherencia. La coordinación interna es imprescindible para reducir el riesgo de que un Estado asuma obligaciones en un foro que sean incompatibles con las asumidas en otros foros. Es también necesario garantizar que las medidas de aplicación sean coherentes con las obligaciones contraídas en virtud de otros acuerdos internacionales en los que es parte el Estado.
- 64 Los Acuerdos de la OMC incluyen disposiciones sobre la coherencia entre el FMI, el Banco Mundial y la OMC. La OMC coopera también con la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial de Sanidad Animal, y el Banco Mundial en el Fondo para la Aplicación de Normas y el Fomento del Comercio. La Secretaría de la OMC mantiene relaciones de trabajo con casi 200 organizaciones internacionales (Lamy, 2007).
- 65 Puede verse un panorama general del debate académico y normativo sobre los costos y beneficios de la reglamentación de las políticas de inversión dentro de la OMC en Hoekman y Saggi (2000), y en las obras allí citadas.
- 66 Como se ha explicado, el caso del oligopolio no se ha analizado en las obras publicadas.
- 67 La Comisión Europea, por ejemplo, ha iniciado recientemente una investigación antimonopolio sobre las empresas conjuntas de producción de mineral de hierro entre dos compañías mineras anglo-australianas. La Comisión examinará en particular los efectos de la empresa conjunta propuesta en el mercado mundial del mineral de hierro transportado por mar. La apertura de la causa no implica que la Comisión tenga pruebas fehacientes de una infracción, sino simplemente que investigará el caso con carácter prioritario (véase http://thegovmonitor.com/world_news/europe/ec-opens-formal-antitrust-investigation-2-into-anglo-australian-mining-companies-22177.html). De la misma manera, De Beers ha sido objeto de un proceso antimonopolio por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1945, 1957, 1974 y 1994. A raíz del procesamiento de 1994, De Beers se reconoció culpable, en 2004, de una violación de la Ley Sherman por haber conspirado con General Electric para fijar los precios de los diamantes industriales ("De Beers Agrees to Guilty Plea to Re-enter the U.S. Market", *New York Times*, 10 de julio de 2004. Puede consultarse en: <http://www.nytimes.com/2004/07/10/business/worldbusiness/10diamond.html>).
- 68 Gordon *et al.* (2003) investigan empíricamente la estructura de costos asociada con el transporte de gas natural por un transportista canadiense y llegan a la conclusión de que este es realmente un monopolio natural.
- 69 El Documento de Referencia se ha incorporado en la listas de unos 60 Miembros e incluye determinadas disciplinas sobre competencia y reglamentación para el sector de las telecomunicaciones. A este respecto véanse también las propuestas de los Estados Unidos (S/CSS/W/24) y Noruega (S/CSS/W/59).
- 70 Por acceso de terceros se entiende la posibilidad de que un tercero tenga acceso a las instalaciones de la red de energía (como tuberías, redes e instalaciones de almacenamiento) y utilizarlas previo pago de una cuota al propietario o administrador de dicha instalación.
- 71 Véase la Lista de compromisos específicos de Ucrania, GATS/SC/144.
- 72 *Servicios de energía*, Nota de antecedentes de la Secretaría, S/C/W/311, 12 de enero de 2010.
- 73 Se plantea una dificultad adicional en relación con la contratación pública. La contratación de bienes y servicios por entidades gubernamentales para su propio uso no se incluye en las principales disciplinas de la OMC. El GATT excluye expresamente la contratación pública de la obligación de trato nacional y, en virtud del AGCS, la obligación de trato de la nación más favorecida así como los compromisos específicos no se aplican a los servicios adquiridos por organismos gubernamentales. La adquisición de bienes y servicios está sujeta a un Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) que es un acuerdo plurilateral independiente, que han firmado 41 gobiernos, en su mayoría Miembros desarrollados. En la práctica, las actividades relacionadas con los recursos naturales (por ejemplo, la exploración, la explotación, la consultoría, la descontaminación, la evaluación de los efectos ambientales y la distribución del agua) pueden estar sujetas a diferentes tipos de relación contractual entre una autoridad pública y un proveedor privado, entre los que cabría citar los contratos de concesión, de construcción, explotación y transferencia o de gestión. Estas transacciones quedan al margen de las disciplinas pertinentes cuando puede considerarse que constituyen una forma de contratación pública, aunque pueden estar sujetas al ACP en el caso de los signatarios de este Acuerdo. No obstante, hay incertidumbre acerca del alcance de la definición de contratación pública. Puede verse una exposición más detallada en Cossy (2005) y Musselli y Zarrilli (2005).
- 74 No corresponde en el marco del presente informe realizar un examen exhaustivo sobre la manera de promover la innovación en las tecnologías favorables a los recursos, pero es claro que el diseño del régimen de DPI es sólo uno de los elementos de este debate. Un estudio reciente de Lee, Iliev y Preston (2009) señala el carácter imprescindible de otras formas de intervención pública. Por ejemplo, los gobiernos podrían crear fondos públicos, como premios de tecnología, para promover la innovación y estimular la colaboración internacional en el proceso de investigación y desarrollo.
- 75 Véase un examen más detenido en el *Informe sobre el Comercio Mundial* (2008).