

Número 27 – Junio de 2011

Estándares unilaterales y acceso a los mercados

En años recientes se observa una corriente de opinión orientada a la proliferación de normativas que fijan una serie de estándares a los productos, los cuales repercuten sobre las condiciones de acceso a mercado de los mismos. Esta línea de pensamiento ha sido fomentada y practicada principalmente por algunos países desarrollados y, no obstante su ropaje de protección medioambiental en un sentido amplio, tienen como consecuencia concreta restringir el comercio internacional, en particular aquel originado en países en desarrollo. Entre las manifestaciones más conspicuas de esta corriente de pensamiento, pueden identificarse aquellas relacionadas con normativa sobre biotecnología, emisión de gases de efecto invernadero, bienestar animal, métodos de pesca y de cultivo y biocombustibles, entre otros. La normativa mencionada presenta como común denominador la pretensión de imponer reglas de modo unilateral y extraterritorial a terceros países basadas en los procesos y métodos de producción aplicados a los productos afectados (PPMs por sus siglas en inglés), lo cual podría conllevar una vulneración de la soberanía de esos países.

Adicionalmente, algunos miembros OMC han instaurado medidas que pretenden someter a los Estados productores de las mercaderías que se exportan a sus mercados a un monitoreo relativo a los procesos de producción empleados para determinados bienes y sus eventuales efectos sobre el medio ambiente. Tales medidas fijan estándares que no han sido negociados multilateralmente, lo cual en la práctica sólo tiene por efecto el establecimiento de barreras comerciales para aquellos orígenes que no estén en condiciones de observar los parámetros establecidos unilateralmente por las normativas nacionales de los miembros desarrollados impulsores de esta tendencia, que incidentalmente constituyen sus principales mercados. Este tipo de normativa implica desde la exigencia de etiquetados (o el derecho a su uso) que informan sobre el método de producción utilizado en cada caso –tal el caso actualmente en curso ante el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC iniciado por México por denegación de uso de la etiqueta “Dolphin safe” por parte de los Estados Unidos-, hasta la posibilidad de acceder a ventajas de índole impositiva –como es el caso de la Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables-.

Este escenario deviene incluso más complejo cuando algunas de las exigencias de las normas en cuestión son elaboradas de modo exclusivo por actores privados (por ejemplo cadenas de supermercadistas con enorme incidencia sobre el mercado). En efecto, si bien algunas de estas normas poseen el carácter de voluntarias, en la práctica resultan “*de facto*” obligatorias. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, una norma exigida por una cadena de supermercados para los productos que comercializan (por su propia naturaleza de carácter voluntario), implicaría ante la hipótesis de su no observancia dificultades sustantivas de acceso a un mercado específico, dada la concentración de ventas en determinados puntos de enorme envergadura. Asimismo, una norma de carácter voluntaria instaurada por el Estado, cuya observancia fuera requisito para acceder a ciertas ventajas (por ejemplo una

exención impositiva), también repercutiría en las posibilidades de acceso a mercado. Como se adelantó, al presente se observan dos ejemplos representativos de este tipo de normativa. Uno es el caso de etiqueta “Dolphin safe” aplicada unilateralmente por los Estados Unidos, en la cual se consigna que durante el proceso de producción del producto al que se encuentra integrada no se ha dañado a delfines. En consecuencia, el producto que pueda ostentar ese etiquetado contará con ventaja respecto de los demás que no puedan acceder al uso de esa etiqueta, ya que su disposición impactará de modo positivo sobre los consumidores. Esta clase de exigencias conlleva una modificación de las condiciones de competencia y tiende a beneficiar a los productores locales, ya que los requisitos parecen ser elaborados “a medida” de tales productores y no se da la posibilidad de siquiera constatar debidamente que los métodos (“artes”) de pesca utilizados por terceros países resulten apropiados.

En el caso de la normativa europea sobre biocombustibles, la misma establece un marco común para el fomento de la utilización de la energía procedente de fuentes renovables y prescribe objetivos mínimos obligatorios (20% del total) de utilización de energía de fuentes renovables para el año 2020 en los Estados Miembros de la UE, a la vez que especifica que para la misma fecha, la cuota de energía procedente de fuentes renovables resulte como mínimo equivalente al 10% del consumo final de energía en el transporte. Asimismo, esa legislación prescribe que sólo los biocombustibles que se adecuen a los criterios por ella establecidos podrían beneficiarse de incentivos y que deberían percibir un precio diferenciado y más favorable¹. En ese sentido, para que la utilización de un biocombustible pueda ser contabilizada tanto al efecto del cumplimiento de los objetivos mínimos obligatorios para el año 2020 delineados en la Directiva sobre uso de energías renovables, como para contar con la posibilidad de acceder a incentivos que cada Miembro de la UE pueda implementar para alcanzar los objetivos mínimos obligatorios mencionados, resulta necesario cumplimentar los requisitos de sostenibilidad que la misma impone. Tales requisitos consisten en criterios identificados en la Directiva, uno de los cuales establece umbrales mínimos respecto de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para cada tipo de biocombustible, y otro requerimiento relativo al uso de la tierra de donde provengan los cultivos básicos empleados para la producción de biocombustibles.

El primero de esos requisitos exige que para que un biocombustible pueda ser tenido en cuenta a los efectos de la Directiva, el ahorro en la emisión de gases de efecto invernadero en términos relativos a la emisión producida por los combustibles fósiles sea de al menos 35% para un período inicial². Sin embargo, la adjudicación de estos umbrales de ahorro de emisión de gases a los biocombustibles según el cultivo de base utilizado para su producción es una cuestión controvertida respecto de la cual no existe consenso científico. Ello en particular porque de acuerdo a los parámetros que se tomen para el cálculo, resulta posible alcanzar diferentes resultados respecto de un mismo cultivo. En ese sentido, la Directiva establece “valores por defecto” respecto del ahorro

¹ “...Estos cambios solo se producirán si se pueden vender los biocarburantes y biolíquidos que cumplen dichos criterios a un precio más elevado, en comparación con los productos que no los cumplen...”. Considerando (76), parte introductoria, Directiva 2009/28/EC.

² Aunque, para el caso de las instalaciones que ya se encontraran en funcionamiento al 23 de enero de 2008, esta obligación comienza a regir sólo a partir del 1 de abril de 2013.

de emisión de gases a determinados cultivos, quedando algunos de ellos bajo el umbral del 35% establecido para el período inicial y otros por encima.

En cualquier caso, resulta relevante tener en cuenta que los valores por defecto adjudicados por encima del 35% encuentran una correspondencia notable con algunos cultivos cuya producción responde a los parámetros usuales de la producción agrícola en la Unión Europea. En efecto, se le adjudicó el 49% de ahorro de emisión de gases al etanol producido a partir de maíz europeo, 51% al etanol procedente de remolacha azucarera, 52% al biodiesel de girasol, y 38% al biodiesel de colza, todos cultivos dominantes en Europa. Por el contrario, se adjudicó sólo el 31% al biodiesel producido a partir de soja, un cultivo escasamente disponible en la UE.

El otro criterio introducido por la Directiva es el relativo a la tierra utilizada para el cultivo de las respectivas materias primas. Este criterio toma en cuenta tres áreas respecto de las cuales la producción de biocombustibles no es considerada a los efectos de la Directiva. Por ello, para poder beneficiarse de los incentivos previstos, los biocombustibles no podrán ser producidos a partir de: materias primas procedentes de tierras de elevado valor en cuanto a biodiversidad, siempre que tuvieran esa condición a enero de 2008 independientemente de que actualmente conserven esa condición (tales como bosques primarios y otras superficies boscosas; zonas designadas para la protección de especies o ecosistemas raros, amenazados o en peligro; prados y pastizales con una rica biodiversidad –la Comisión determinará los criterios y áreas geográficas que permitan determinar los prados y pastizales comprendidos-); ni a partir de materias primas procedentes de tierras con elevadas reservas de carbono que en enero de 2008 no se encontraban en esa situación (tales como humedales; zonas arboladas continuas o tierras con una superficie superior a una hectárea con árboles de cierta altura –en esta último caso, si se verifica que los umbrales de ahorro en emisión de gases se cumplen, no se aplica la norma-); y, tampoco provendrán de materias primas extraídas de tierras que fueran turberas a enero de 2008, salvo que se pruebe que ello no implica el drenaje de suelos no drenados con anterioridad. La característica principal de estas áreas es que tienden a encontrarse fuera del ámbito geográfico de la UE, en particular en los países en desarrollo, al mismo tiempo que involucran subjetivos criterios de valor acerca de aspectos tales como la definición de “prados y pastizales con una rica biodiversidad”, reservándose la UE los criterios para tales determinaciones.

Este tipo de situaciones, tienden a dificultar el acceso de determinados productos al mercado, y por ello modificarían las condiciones de competencia en el mismo, y en última instancia los beneficios adquiridos en el marco del Sistema Multilateral de Comercio GATT-OMC bajo el principio “reciprocidad y ventajas mutuas”. En efecto, dos productos que fueran similares, salvo por las diferencias respecto de su método de producción, obtendrían un tratamiento diferente en desmedro de aquel que no observase el método de producción unilateralmente prescripto.

Dado que una modificación en las condiciones de competencia entre dos productos que fueran similares no resultaría consistente con la normativa multilateral comercial, resulta de particular relevancia dilucidar si el método de producción utilizado para elaborar un producto es compatible con esa normativa. Por ello, la cuestión esencial que

subyace bajo este dilema consiste en la relevancia que debe otorgarse a los “procesos y métodos de producción”. Al respecto, surgen dudas acerca de la compatibilidad de este tipo de criterio con la normativa OMC aplicable. En efecto, una determinación de “similaridad” entre dos productos inhibe a un Miembro de discriminar entre ellos, por ejemplo solicitando requisitos diferenciados de acceso a mercado que alteren las condiciones de competencia entre ambos productos, aunque nada obsta a que un Miembro dispense un tratamiento diferenciado a dos productos similares, siempre que ello no conlleve discriminación.

El concepto de producto similar fue desarrollado jurisprudencialmente en el marco GATT-OMC y por esa vía se determinaron los elementos que deben ser considerados en un análisis que tenga por finalidad discernir si dos productos son similares. En ese sentido, se identificaron en el “*Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*”³ tres elementos relevantes para evaluar si dos productos son similares: a) características físicas, b) uso final y c) preferencias del consumidor, a los que más tarde -en otros casos- se agregó un cuarto elemento: la clasificación arancelaria. Tales elementos no constituyen una lista exhaustiva y deben ser analizados sobre una base caso por caso, teniendo en cuenta todos los factores relevantes a los efectos de una determinación de similaridad entre dos productos. Es en este contexto que se produce el debate acerca de si los métodos y procesos de producción (PPMs) empleados en la elaboración de un producto pueden ser óbice para que sea considerado similar a otro en virtud de esa única diferencia. Asimismo, la subcategorización de los procesos y métodos de producción en el sentido que pueden ser clasificados según se refleje o no en el producto final (prPPMs o nprPPMs) o podría conllevar un tratamiento diferenciado.

Al constatarse que las características físicas y el uso final del producto (siendo la clasificación arancelaria de menor relevancia) son los mismos en ambas categorías -por ejemplo en el caso de los biocombustibles-, cabría analizar el elemento relativo a la percepción del consumidor. Así, si se aceptara la noción de que los nprPPMs deben ser considerados en un análisis destinado a dilucidar si dos productos son similares, ello tendría repercusión directa respecto de esa determinación y en este caso de la compatibilidad de una legislación determinada con la normativa OMC. En efecto, de prosperar la posición según la cual los PPMs debieran ser considerados en el análisis objeto de una controversia, resultaría muy complejo para los países en desarrollo el acceso a mercados. No obstante la fuerte corriente de opinión que sostiene que los PPMs deben ser tenidos en cuenta ante la hipótesis de un examen de similaridad, es necesario tener en cuenta que a pesar de ese debate en torno de esta materia existen dos Informes no adoptados de Grupos de Trabajo de la era GATT que establecieron que dos productos no pierden la condición de similares bajo el artículo III.4 del GATT por diferencias en los métodos aplicados para su producción, siempre que tales diferencias no se constaten en las características físicas del producto final⁴. Cabe destacar que aunque los Informes no adoptados no poseen estricto valor legal en el marco del

³ “*Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*”, IBDD 18S/106, párrafo 18.

⁴ “*Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún*”, GATT Doc. DS21/R-39S/155 (Informe no adoptado), párrafo 5.14 y “*Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún*”, GATT Doc. DS29/R (Informe no adoptado), párrafo 5.8.

Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, el Organo de Apelación ha determinado que pueden consistir en orientaciones útiles para el análisis de casos ulteriores⁵. En adición, resulta relevante que el criterio receptado en esos dos precedentes no ha sido revertido por la subsiguiente jurisprudencia GATT/OMC. En este marco, cabe tener en cuenta que en el caso “CE-Amianto”⁶ se otorgó particular relevancia al elemento referido a la “percepción del consumidor” a efectos de determinar la similaridad entre dos productos, lo cual podría ser tenido en consideración para el caso que los consumidores pudieran tener en cuenta como un elemento diferenciador el método de producción.

Sin embargo, la percepción del consumidor en ese caso OMC estaba basada en un elemento que tenía repercusión directa sobre el producto final, derivado del efecto carcinogénico científicamente demostrado de las fibras de amianto. No obstante, en el caso “CE-Amianto”, el elemento –carcinogénico- considerado era inherente al producto en sí mismo y no al método o proceso de producción como sería el caso de los biocombustibles, razón por la cual su utilización analógica no correspondería⁷. En adición, y habida cuenta de que normalmente los requisitos que exigen este tipo de normas tienden a privilegiar a los productos originados en el país que las insta, ello implicaría que se trata justamente mediante su establecimiento de influir sobre la percepción del consumidor.

En tal caso, se estaría promoviendo la generación de una percepción por parte de los consumidores orientada a fomentar el rechazo de productos procedentes de determinados orígenes en favor de aquellos de procedencia eminentemente local. Tal situación no resultaría consistente con lo establecido en el caso “CE-Sardinas”⁸, que determinó que un Miembro no está autorizado a crear expectativas al consumidor mediante la aplicación de medidas que resulten finalmente autojustificadoras. Asimismo, debe destacarse que los países en desarrollo se han opuesto de modo sistemático a la adopción de los PPMs como criterio diferenciador en el marco de un análisis de similaridad entre productos que de otro modo podrían ser considerados similares. Es por todas estas razones que la postura que debieran continuar adoptando los países en desarrollo respecto de este tipo de iniciativas es su rechazo, de modo de evitar el establecimiento de barreras injustificadas en el marco de las obligaciones comerciales multilaterales vigentes que afecten a sus exportaciones. En particular cuando esas normas no hubieran sido negociadas multilateralmente y resulten inconsistentes con las obligaciones dimanantes del acervo multilateral comercial vigente.

El artículo expuesto no necesariamente refleja la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Se autoriza la reproducción total o parcial citando las fuentes

⁵ “Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas”, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, párrafos 14 y 15.

⁶ “Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto”, WT/DS135/AB/R, párrafos 114 a 122.

⁷ Existe, dentro del debate acerca de similaridad, una posición que tiende a equiparar estas dos hipótesis.

⁸ “Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas”, WT/DS231/R, párrafo 7.127.