

# CAMBIO CLIMÁTICO Y COMERCIO: SU DIMENSIÓN NORTE-SUR

Climate Change and Trade: North-South Perspective

Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA y Francesco SINDICO

## SUMARIO:

I. Introducción; II. Las medidas comerciales adoptadas por los países industrializados. 1. La pérdida de competitividad y la “fuga de carbono”. 2. Las medidas propuestas y su repercusión sobre los Estados en desarrollo. 3. Las propuestas de medidas de Estados Unidos: la *American’s climate Security Act (ACSA)*. 4. Las medidas propuestas en el seno de la Comunidad Europea. III. Examen de las medidas de Estados Unidos y de la Comunidad Europea en el seno de la OMC: 1. Compatibilidad de las medidas comerciales con la legalidad internacional. 2. Las reglas comerciales del GATT. 3. Las excepciones ambientales bajo el GATT. 4. La posibilidad de invocar normas internacionales del medio ambiente. IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La lucha contra el calentamiento global tiene claras repercusiones en los ecosistemas ambientales pero también incide –tal vez en mayor medida que otros regímenes ambientales– en los ámbitos económicos, industriales y sociales de los países<sup>1</sup>. Ello se debe a que la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero conlleva un cambio del sistema económico que ha imperado hasta la actualidad, requiriéndose modificaciones en las pautas de producción, transporte y consumo.

\* Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Francesco SINDICO es Lecturer in Law en la Facultad de Derecho de la Universidad de Surrey en Guildford, Reino Unido, y sub-director del Environmental Regulatory Research Group de la misma Universidad. Este trabajo se encuentra actualizado hasta el 30 de abril de 2009. El 5 de junio de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de emisión de gases de efecto invernadero, cuyo contenido no difiere en lo sustancial del de la Propuesta de la Comisión objeto de estudio en el presente artículo.

<sup>1</sup> En el mismo sentido, WERKSMAN afirma que: “*no MEA had the potential to impact so many sectors of the economy, so many economic interests, and such high volumes of trade in goods and services, as does the climate change regime*”(vid. J. WERKSMAN, “Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 8, n. 3, 1999, pág. 252).

El Protocolo de Kyoto contiene obligaciones cuantitativas de reducción de los gases de efecto invernadero oponibles a casi todos los países industrializados<sup>2</sup>. Aunque el Protocolo no establece las medidas que se deben adoptar para cumplir con dichas obligaciones de resultado<sup>3</sup>, sí prevé una serie de mecanismos flexibles de los que se pueden servir los Estados con dicho fin<sup>4</sup>. Ahora bien, tales instrumentos sólo pueden emplearse de forma subsidiaria y limitada, siendo necesario que los Estados adopten medidas nacionales de reducción, afectando directamente a sus nacionales, principalmente a sus empresas<sup>5</sup>.

Los bienes producidos en países con compromisos de reducción se encuentran, por tanto, en una situación de desventaja competitiva con respecto a los procedentes de países cuyas empresas no han de asumir dichos costes. Con objeto de equilibrar el posible *dumping* ecológico, algunos Estados –Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea– están barajando la posibilidad de introducir barreras a las importaciones procedentes de países que no lleven a cabo políticas de reducción de gases de efecto invernadero comparables a las suyas. Las propuestas de medidas que se contemplan son de diversa índole e intensidad, y pueden ir desde un embargo de ciertos productos hasta la imposición de un arancel o impuesto a la importación que ajuste los precios de dichos productos en la frontera.

Por otro lado, el régimen internacional que regula la lucha contra el cambio climático (la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático –CMNUCC– y el Protocolo de Kyoto) garantiza un trato diferenciado para aquellos países no industrializados que no han ocasionado el problema del calentamiento global pero que sufrirán en gran medida sus efectos perniciosos. Los Estados en desarrollo (Estados “no-Anexo I” de la CMNUCC) no asumen, por este motivo, compromisos vinculantes de reducción de gases de efecto invernadero<sup>6</sup>. La falta de compromisos cuantificados puede ser preocupante tratándose de países emergentes que cuentan actualmente con altos niveles de emisión de gases pero que se verán incrementados de forma exponencial en un futuro cercano. Tal es el caso de China, India, Brasil o México. Con todo, uno puede preguntarse si los Estados industrializados gozan de legitimación para revertir, de forma unilateral, las obligaciones establecidas en el régimen internacional sobre

<sup>2</sup> Art. 3.1 del Protocolo de Kyoto.

<sup>3</sup> *Vid.* las obligaciones oponibles a los Estados Partes incluidos en el Anexo I para paliar el cambio climático en el art. 2.1 del Protocolo de Kyoto.

<sup>4</sup> Los mecanismos flexibles previstos por el Protocolo de Kyoto son el mecanismo de aplicación conjunta, el mecanismo para un desarrollo limpio y el comercio internacional de emisiones; *vid.* los arts. 6, 13 y 17 del Protocolo de Kyoto.

<sup>5</sup> De esta cuestión ya nos hemos ocupado en R. FERNÁNDEZ EGEA y F. SINDICO, “El Papel de la UE en la lucha contra el cambio climático: ¿Líder en la política climática global?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.14, 2007.

<sup>6</sup> Sin embargo, sí que se han comprometido a realizar acciones generales para mitigar el cambio climático de acuerdo con lo previsto en el art. 4 de la CMNUCC.

cambio climático y obviar el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas<sup>7</sup>.

Los países en desarrollo, por su parte, se encuentran en una encrucijada cuando se enfrentan al problema del cambio climático. Por un lado tienen que adoptar medidas de mitigación y adaptación al fenómeno y por otro, su prioridad reside en promover el desarrollo de su país. Y dado que el desarrollo económico depende en gran medida del comercio exterior y sus exportaciones de bienes y servicios a otros países, es de vital importancia para los países en desarrollo que puedan confiar en las reglas internacionales que faciliten este comercio. Sin embargo, la tendencia en los países industrializados no es la de facilitar las importaciones procedentes de países en desarrollo, sino ponerles traba, escudándose en los imperativos del cambio climático.

Así pues, la tensión entre la regulación sobre el cambio climático y sobre el comercio que, hasta la fecha se había considerado como un ejercicio puramente académico<sup>8</sup>, podría tener su aplicación práctica con la posible adopción de este tipo de medidas por parte de Estados Unidos y la Unión Europea. Ahora bien, hasta que se produzca su adopción definitiva, las cuestiones que se consideren a continuación en este trabajo son meramente especulativas.

En este escrito nos proponemos plantear la problemática que ocasiona la asimetría en las obligaciones respecto al cambio climático en las relaciones comerciales de los principales actores en la sociedad internacional, esto es, la Unión Europea y Estados Unidos. Con dicho fin, en el epígrafe II trataremos brevemente las razones por las cuales un país industrializado introduce obstáculos al comercio de bienes procedentes de países en desarrollo, para entrar en el análisis de las medidas adoptadas por Estados Unidos y la Unión Europea. En el epígrafe III comprobaremos la compatibilidad de dichas medidas con el régimen comercial internacional instaurado por la OMC, teniendo en cuenta que estas medidas también pueden presentar problemas de compatibilidad con la legalidad internacionales en materia de cambio climático. En este epígrafe presentaremos las posibilidades que

<sup>7</sup> De hecho, uno de los puntos más delicados de las actuales negociaciones internacionales en materia de cambio climático es la definición y establecimiento del nivel de compromiso que comprometerá a los Estados en desarrollo con economías emergentes. *Vid.*, a este respecto, el trabajo del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención disponible en <http://unfccc.int/meetings/items/4381.php>

<sup>8</sup> Mucho se ha escrito sobre la relación entre cambio climático y comercio internacional. Uno de los primeros libros en aparecer sobre esta temática fue el de D. BRACK, M. GRUBB y C. WINDRAM, *International Trade and Climate Change Policies*, London, Royal Institute of International Affairs & Earthscan, 2000. *Vid.* también, entre otros, los trabajos de: A. GREEN, "Climate Change, Regulatory Policy and the WTO", *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n. 1, 2005, págs. 143-189; Z. ZHANG y L. ASSUNÇÃO, "Domestic Climate Policies and the WTO", *The World Economy*, vol. 27, 2004, págs. 359-386. Una visión general puede encontrarse en J. PAUWELYN & F. SINDICO, "Climate Change in a Global Economy", *Carbon and Climate Law Review*, vol. 2, n. 1, 2008.

les quedan a los países en desarrollo para confiar en los regímenes internacionales. Finalmente, expondremos algunas conclusiones.

## II. LAS MEDIDAS COMERCIALES ADOPTADAS POR LOS PAÍSES INDUSTRIALIZADOS

### 1. *La pérdida de competitividad y la “fuga de carbono”*

La reducción de gases de efecto invernadero a la que se han comprometido la mayor parte de Estados industrializados ha llevado a la adopción de un régimen de comercio de derechos de emisión con fijación previa de límites máximos (en adelante, sistema *cap-and-trade*). Esto es, un sistema que establece un límite máximo de emisiones para las empresas pertenecientes a sectores industriales que impliquen un uso intensivo de recursos energéticos fósiles –responsables del cambio climático–. Sus emisiones, además, deberán estar avaladas mediante derechos de emisión obtenidos en parte en el comercio de derechos creado al efecto.

Los sistemas *cap-and-trade* son eficaces para reducir las emisiones pero conllevan problemas de pérdida de competitividad de las empresas nacionales afectadas frente a los importadores procedentes de países que no imponen límites de reducción ni exigen la adquisición de derechos de emisión. Además, también preocupa que el sistema se haga tan oneroso para las empresas que éstas decidan reubicar sus plantas de mayor emisión a países con normativa ambiental más laxa, incrementándose las emisiones globales. Este fenómeno se conoce como “fuga de carbono” (*carbon leakage*). Las cuestiones de pérdida de competitividad y de fuga de emisiones deben tratarse de forma conjunta debido a su estrecha vinculación<sup>9</sup>.

Parece claro, entonces, que cabe trazar un nexo entre el fortalecimiento de los estándares ambientales y la pérdida de competitividad, lo que hasta la fecha se negaba por carecer de base empírica fehaciente<sup>10</sup>. Efectivamente, la existencia de estándares laxos en materia de cambio climático en algunos países puede llevar a la reubicación de algunos sectores de la economía nacional<sup>11</sup>. Si bien, este fenómeno se predica sólo en relación con deter-

<sup>9</sup> Ello también tendrá su importancia bajo el régimen de la OMC pues una medida comercial que tenga como objetivo prevenir daños ambientales (como resultado de la fuga de emisiones) tendrá más posibilidades de ser excepcionada bajo el artículo XX del GATT que otra que sólo se preocupe por asegurar una situación competitiva equilibradas para los productos nacionales. *Vid. infra*, epígrafe III.3.

<sup>10</sup> R. RATNAYAKE, “Do Stringent Environmental Regulations Reduce International Competitiveness? Evidence from an Inter-industry Analysis”, *International Journal of the Economics of Business*, vol. 5, 1998, págs. 77-96.

<sup>11</sup> *The competitiveness impacts of CO2 emissions reductions in the cement sector*, informe para la OECD, 2005, disponible en: [http://www.oalis.oecd.org/oalis/2004doc.nsf/LinkTo/NT0000A252/\\$FILE/JT00194233.PDF](http://www.oalis.oecd.org/oalis/2004doc.nsf/LinkTo/NT0000A252/$FILE/JT00194233.PDF). En relación con los impactos sobre la competitividad en el sector del cemento, *vid.* también D. DEMAILLY y P. QUIRION, “CO2 abatement, com-

minados sectores (acero, aluminio, pasta de papel, refinería de petróleo y algunos químicos), que son grandes consumidores de energía y, por lo tanto, responsables de grandes emisiones. No obstante, esta vinculación dependerá de la dependencia de un país y sus industrias de las energías fósiles y la cantidad de energía necesaria para la producción de los bienes<sup>12</sup>. Por otra parte, algunas empresas de países industrializados pueden encontrar ventajas comerciales no reubicándose y afrontando los estándares ambientales más exigentes como una parte de su política social corporativa<sup>13</sup>.

Los fenómenos de pérdida de competitividad y “fuga de carbono” han comenzado a preocupar seriamente en el seno de los países industrializados. De hecho, la decisión del gobierno estadounidense de no ratificar el Protocolo de Kyoto se motivó atendiendo, entre otros motivos, a su preocupación por la merma de competitividad de su producción nacional frente a la de países con economías emergentes<sup>14</sup>. Y aunque se haya producido un cambio considerable en los últimos años en materia de cambio climático, la mayor parte de las empresas americanas temen que su país se comprometa internacionalmente a reducir sus emisiones si países con economías emergentes no lo hacen también<sup>15</sup>.

## 2. *Las medidas propuestas y su repercusión sobre los Estados en desarrollo*

Estados Unidos y la Comunidad Europea han comenzado a adoptar medidas que tienen en cuenta las preocupaciones de competencia de los sectores industriales con un uso energético intensivo y que se encuentra afectados por las regulaciones sobre el clima. La Comunidad Europea lo está haciendo en el marco de la reforma del sistema de comercio de derechos de emisión comunitario<sup>16</sup> y Estados Unidos con la propuesta de un paquete de medidas a nivel federal<sup>17</sup>. En ambos casos se contemplan medidas sobre

---

petitiveness and leakage in the European cement industry under the EU ETS: grandfathering versus output-based allocation”, *Climate Policy*, vol. 6, 2006, pág. 93.

<sup>12</sup> T. HOUSER, R. BRADLEY, B. CHILDS, J. WERKSMAN y R. HEILMAYR, *Leveling The Carbon Playing Field: International Competition and U.S. Climate Policy Design*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2008, págs. 5-7.

<sup>13</sup> RICHARDSON B. J., *Socially Responsible Investment Law: Regulating the Unseen Polluters*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>14</sup> Según se establecía en la Resolución Byrd-Hagel Resolution (S Res 98) de julio de 1997: “The Senate strongly believes that the proposals under negotiation, because of the disparity of treatment between Annex I Parties and Developing Countries and the level of required emissions reductions, could result in serious harm to the United States economy, including significant job loss, trade disadvantages, increased energy and consumer costs...”

<sup>15</sup> Un estudio sobre cómo se conciben las cuestiones de competitividad por EE.UU. en materia de cambio climático puede encontrarse en: T. HOUSER et al, *op. cit.*, págs. 1-13 (*supra* nota 12).

<sup>16</sup> *Vid. infra*, epígrafe II.4.

<sup>17</sup> *Vid. infra*, epígrafe II.3.

ajustes en frontera de los bienes procedentes de determinados Estados que no asumen compromisos de reducción. En concreto se está planteado la posibilidad de otorgar derechos de emisión gratuitos a aquellos sectores de la industria que puedan enfrentarse a mayores problemas, así como obligar a las empresas originarias de los países menos comprometidos con el cambio climático a comprar derechos de emisión en el nuevo régimen de comercio de emisiones. Con ello, no sólo se garantiza la competencia de los productos nacionales, sino que también se reducen las ventajas de las empresas europeas recolocadas en terceros países.

Frente a medidas como las que pretenden adoptar en la Comunidad Europea o en Estados Unidos, un país en desarrollo tendrá dos alternativas. La primera sería modificar su legislación para incluir los mismos requisitos ambientales que la regulación comunitaria y estadounidense. Es dudoso, no obstante, que algunos países como China o India opten por hacerlo, pero sí ocurrirá respecto de países con economías más débiles y dependientes del comercio con estas potencias. La segunda alternativa sería mantener sus estándares ambientales laxos y simplemente redirigir sus exportaciones hacia mercados que no impongan dichos obstáculos. De nuevo aquí, la elección de esta vía dependerá de la dependencia comercial que se tenga con Estados Unidos o con la Comunidad Europea y la posibilidad de acceder a otros mercados. A modo de ejemplo, los flujos comerciales entre las industrias con un uso intensivo de energía de China a Estados Unidos no son tan grandes como se podría pensar; apenas constituyen el 10% de sus importaciones (salvo por lo que respecta al cemento), siendo Canadá su principal importador<sup>18</sup>.

En cualquier caso, las medidas sobre la lucha contra el cambio climático adoptadas por los países industrializados pueden influir sobre cómo los países en desarrollo regularán la producción de sus industrias que requieren un uso energético más intensivo<sup>19</sup>. Ello porque si se condiciona la entrada de los productos a sus mercados a que los países de origen adopten medidas similares o comparables para la lucha contra el cambio climático, inevitablemente tendrá algunas implicaciones sobre los países exportadores. De esta forma indirecta los países más potentes, podrán dirigir las políticas de producción de los segundos.

Los países en desarrollo pueden encontrar en los regímenes internacionales sobre comercio y sobre cambio climático un foro para defender sus intereses. Efectivamente, las medidas comerciales que pueden adoptar los países industrializados en aplicación de la CMNUCC pueden cuestionarse

<sup>18</sup> HOUSER et al., *op. cit.*, p. xviii y 45(*supra* nota 12).

<sup>19</sup> En este sentido, *vid.* F. SINDICO, "Climate and Trade in a Divided World: Can Measures Adopted in the North End Up Shaping Climate Change Legislative Frameworks in the South?", en Y. LE BOUTHILLIER, H. MCLEOD-KILMURRAY, B. RICHARDSON y S. WOOD (eds.), *Climate Law and Developing Countries: Legal and Policy Challenges for the World Community*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009, en prensa.

desde el prisma del ordenamiento de la Organización Mundial de Comercio –por constituir obstáculos al comercio internacional proteccionistas y discriminatorios–. Pero también desde el propio régimen de la CMNUCC porque no se respetan los principios básicos en ella contenidos, como el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, que gozan de un consenso internacional. Antes de comprobar las vías que tienen los Estados en desarrollo para oponerse a las medidas estadounidenses y comunitarias, examinaremos en qué consisten estas propuestas.

### 3. *Las propuestas de medidas de Estados Unidos: la American's Climate Security Act (ACSA)*

Estados Unidos no cuenta aún con un paquete legislativo a nivel federal relativo a la reducción de las emisiones de gases invernadero en la totalidad del país<sup>20</sup>. Ello no es sorprendente dada la postura mantenida durante los pasados años por la Administración Bush, especialmente en su primer mandato. Sin embargo, la situación ha comenzado a cambiar, no sólo como fruto de la elección de Barak Obama como nuevo Presidente<sup>21</sup>, sino también a raíz de una decisión del Tribunal Supremo estadounidense (*Massachusetts vs EPA*, 2007)<sup>22</sup>, que de forma indirecta ha confirmado que el CO<sub>2</sub> constituye un “agente contaminador” en el sentido de la Ley de Aire Puro (*Clean Air Act*). Además, Estados Unidos ha comenzado a hacer frente a las amenazas planteadas por el cambio climático especialmente a nivel estatal y regional<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Para una visión general sobre el Derecho estadounidense en material de cambio climático, *vid.* D. M. DRIESEN, “The Changing Climate for United States Law”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 1, 2007, págs. 35-44; T. SZYMANSKI y S. STONE, “U.S. Efforts on Climate Change: New Beginnings and Enduring Realities”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 2, 2008, págs. 134-139.

<sup>21</sup> De hecho el Presidente Obama aboga a favor de un régimen de comercio de emisiones que ayude a reducir las emisiones en un 80% sobre los niveles de 1990 para el 2050 y se ha comprometido a que EE.UU. participe activamente en el foro multilateral de toma de decisiones sobre cambio climático; *vid.* B. OBAMA y J. BIDEN, “New Energy for America”, discurso de 6 de diciembre de 2008; págs. 3-4; disponible en: [http://www.barackobama.com/pdf/factsheet\\_energy\\_speech\\_080308.pdf](http://www.barackobama.com/pdf/factsheet_energy_speech_080308.pdf).

También cabe destacar dos hechos indicativos del cambio que podrá suponer la Administración Obama a este respecto. El primero es el nombramiento del científico galardonado con el premio Nobel, Steven CHU, conocido por su postura a favor de las energías renovables como Ministro de Energía. El segundo es la creación de un nuevo cargo asesor sobre energía y cambio climático, que será ocupado por la anterior presidente de la *Environment Protection Agency* o EPA, Carol M. Browner. *Vid.* S. GOLDENBERG, “Obama’s new team raises hope for US environment”, *The Guardian*, de 11 de diciembre de 2008; disponible en: <http://www.guardian.co.uk/environment/2008/dec/11/barack-obama-environmental-team>.

<sup>22</sup> *Massachusetts vs EPA*, 127 S.Ct. 1438 (2007).

<sup>23</sup> Aunque a nivel federal no se alcancen resultados en material de cambio climático, sí se han dado algunas iniciativas a nivel estatal y regional con cierto éxito. Merece atención, en particular, aquellas adoptadas por el estado de California, que ha adoptado una legislación sobre las emisiones de los vehículos que deberán reducirse en un 33% para 2030

Si tenemos en cuenta la importancia de este país en volumen de emisiones de carbono, estas iniciativas constituyen un paso muy importante, que debería secundarse con un paquete de medidas a nivel federal. Es más, las propias industrias estadounidenses que están soportando los estándares implementados a nivel regional y estatal están presionando al Gobierno federal para que adopte medidas que garanticen cierta seguridad jurídica en sus actividades comerciales<sup>24</sup>.

Hasta la fecha Estados Unidos sólo cuentan con un borrador de ley federal (*America's Climate Security Act*, en adelante, ACSA) que incluye un sistema *cap-and-trade*. Una primera versión de 2007 fue rechazada por las cámaras legislativas<sup>25</sup>, quedando actualmente la versión de 2008 (ACSA 2008)<sup>26</sup>, que tras la introducción de algunas enmiendas por el Senador Boxer se volverá a someter para su aprobación por el Congreso a finales de 2009<sup>27</sup>. Este texto normativo, no vigente aún, es interesante por cuanto refleja las preocupaciones estadounidenses sobre la pérdida de competitividad y la “fuga de emisiones”.

El borrador de Ley de 2008 recoge en su título XIII como fin último promover un gran esfuerzo global para reducir significativamente las emisiones de gases invernadero<sup>28</sup>. Además, en el borrador se establece que la primordial y mejor manera de cumplir dicho objetivo es a través

---

en el caso de vehículos de pasajeros (*vid. la California Air Resources Board*; disponible en: <http://www.arb.ca.gov/homepage.htm>). Además, en 2005, el gobierno de California adoptó una decisión política por la cual se comprometía a que este Estado redujera sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 80% respecto de los niveles de 1990 para 2050 (*California Government Code*, para. 12812.6 –west 2007–). Y en 2006 se adoptó igualmente la *Global Warming Solutions Act*, que incluye un régimen de limitación y comercio de emisiones (*cap-and-trade*).

También cabe señalar el intercambio de emisiones desarrollado en el seno de la “Iniciativa Regional sobre los gases de efecto invernadero de los Estados del Noreste” (*Northeast States Regional Greenhouse Gas Initiative* o RGGI) y la apuesta de algunos Estados federados por asegurar que un cierto porcentaje de electricidad provenga de fuentes de energía renovables (un 24% en el caso de Nueva York para 2013 o un 20% en el de California para el 2010). Más información al respecto en B. RABE, “Race to the Top: The Expanding Role of State Renewable Energy Standards”, *Sustainable Development Law and Policy*, vol. 2, n. 3, 2007, págs. 10-16; BAUSCH C. y CAVALIERI, S. “Allocation of Greenhouse Gas Allowances in the United States-A Northeastern Example”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 1, 2007, págs. 129-138

<sup>24</sup> D. M. DRIESEN, *op. cit.*, pág. 43 (*supra* nota 20).

<sup>25</sup> 110th Congress, *American Climate Security Act*, S. 2191 (2007), en adelante ACSA 2007.

<sup>26</sup> 110th Congress, *America's Climate Security Act*, S. 3036, 2nd Sess. (Boxer Amendment), 2008; en adelante, ACSA 2008)

<sup>27</sup> Una nueva versión se hizo pública en abril de 2009: el borrador Waxman-Markey. Un primer estudio de esta nueva propuesta puede verse en la *American Clean Energy and Security Act of 2009*, Discussion Draft Summary, pág. 4; disponible en: [http://energycommerce.house.gov/Press\\_111/20090331/acesa\\_summary.pdf](http://energycommerce.house.gov/Press_111/20090331/acesa_summary.pdf).

<sup>28</sup> ACSA 2008, sec. 1302 (1): “to promote a strong global effort to significantly reduce greenhouse gas emissions”.

de las negociaciones internacionales<sup>29</sup>, lo que supone una postura clara a favor del multilateralismo. Sin embargo, en la ACSA de 2008 también se encuentra la preocupación por la fuga de emisiones y la total ineficacia de la acción global contra el cambio climático si otros países no adoptan medidas comparables.

Por este motivo, otro de los objetivos principales de dicho título es asegurar, hasta el máximo posible, que las emisiones de gases de efecto invernadero que tengan lugar fuera de Estados Unidos no pongan en peligro los objetivos de este país en su tratamiento del cambio climático<sup>30</sup>. Este segundo objetivo debería alcanzarse a través de medidas llevadas a cabo por Estados Unidos compatibles con los acuerdos internacionales aplicables<sup>31</sup>. En este extremo también se apunta hacia la solución multilateral, aunque la vía unilateral es la alternativa a la hora de abordar el cambio climático global.

Algunos elementos de esta medida comercial en relación con el cambio climático merecen ser examinados con detenimiento, en particular, a qué tipo de bienes y países exportadores afecta. Y si la aplicación de la propuesta ley puede influir significativamente sobre los países en desarrollo. Estas cuestiones se desarrollan a continuación.

#### A) Productos y países afectados por la ACSA de 2008

La medida estadounidense distingue dos tipos de productos importados que quedarán afectados a los requerimientos de la futura ley estadounidense: materias primas y productos manufacturados listos para ser consumidos. De esta manera, el borrador de Ley de 2008 no sólo afecta a las materias primas, sino también a los productos finales en los que se utilizaran éstas. A modo de ejemplo, tanto el acero importado como los coches que contengan partes de acero en su carrocería quedarán sujetos a las condiciones de entrada en el mercado estadounidense.

En cuanto a las materias primas, la ACSA de 2008 recoge una lista cerrada de materias cuya producción implica intensas emisiones de carbono en la atmósfera: hierro, acero, aluminio, cemento, cristal, pasta de papel, químicos y cerámicas industriales<sup>32</sup>. Sin embargo, sólo afectará a estos

<sup>29</sup> *Id.*, sec. 1303 (a): “Congress finds that the purpose described in section 1302 can be most effectively addressed through agreements negotiated between the United States and foreign countries” (traducción propia: “El Congreso podrá determinar que el propósito descrito en la sección 6002 puede alcanzarse de forma más efectiva a través de acuerdos negociados entre Estados Unidos y países extranjeros”).

<sup>30</sup> *Id.*, sec. 1302 (2); en el original: “to ensure, to the maximum extent practicable, that greenhouse gas emissions occurring outside the United States do not undermine the objectives of the United States in addressing global climate change”.

<sup>31</sup> *Id.*, sec. 1302 (3); en el original: “measures carried out by the United States that comply with applicable international agreements”.

<sup>32</sup> *Id.*, sec. 1301 (15) (A).

productos si, a su vez, se encuentran relacionados con bienes nacionales estadounidenses, cuya producción quede sometida a los requisitos de reducción de la Ley<sup>33</sup>. Por lo tanto, lo relevante para que se apliquen las medidas estadounidenses no es exclusivamente que en la producción de tales materias se hayan emitido altos niveles de CO<sub>2</sub>, sino que deben encontrarse en una relación de competencia con productos nacionales sometidos a los estándares ambientales estadounidenses. Aquí cabría preguntarse, por tanto, si lo que impera en las medidas propuestas por Estados Unidos es la lucha contra la “fuga de carbono” o asegurar la competitividad de su producción nacional.

La segunda categoría de bienes, aquellos manufacturados y listos para ser consumidos, quedarán sujetos a la aplicación de la Ley cuando para su elaboración se haya necesitado una cantidad importante de emisiones de gases de efecto invernadero, ya sea de forma directa o indirecta, incluyendo ésta última las emisiones procedentes de las materias primas utilizadas en dicho producto<sup>34</sup>.

Una vez comprobado qué productos quedan afectados por la ACSA 2008, también hemos de constatar qué tipo de países quedan afectados por dicha Ley y si se distinguen por su nivel de desarrollo. Según la propuesta legislativa, la única distinción relevante es si los países exportadores cuentan con medidas comparables a la estadounidense en la lucha contra el cambio climático, lo que será evaluado por una Comisión prevista por el ACSA de 2008, que será creada al efecto<sup>35</sup>. De esta forma se incluirán en la lista de “excluidos” (*excluded list*) a aquellos países que sí cuentan con tales medidas ambientales y en la lista de “afectados” (*covered list*) los que no<sup>36</sup>. Estos últimos se verán afectados por las medidas comerciales relativas al cambio climático adoptadas por Estados Unidos<sup>37</sup>.

La cuestión clave reside, entonces, en determinar qué debe entenderse por “medidas comparables”. Según la Ley de 2008 un país extranjero cuenta con una acción comparable si se constata que el cambio del porcentaje de emisiones de gases de efecto invernadero durante el periodo relevante es igual o mayor que el cambio realizado por Estados Unidos en dicho pe-

<sup>33</sup> *Id.*, sec. 1301 (7); en el original: “generate[s], in the course of the manufacture of the good, a substantial quantity of, direct greenhouse gas emissions or indirect greenhouse gas emissions; and [are] closely related to a good the cost of production of which in the United States is affected by a requirement of this Act”.

<sup>34</sup> *Id.*, sec. 1301 (13) (B); en el original: “generates, in the course of the manufacture, a substantial quantity of direct greenhouse gas emissions or indirect greenhouse gas emissions, including emissions attributable to the inclusion of a primary product in the manufactured item for consumption;...”.

<sup>35</sup> *Id.*, sec. 1305 (a).

<sup>36</sup> *Id.*, sec. 1306 (b) (2) y (b) (3).

<sup>37</sup> *Id.*, sec. 1306 (d) (1) (A). En la ACSA 2007 se preveía la publicación tanto de las listas de bienes afectados como de países afectados [*vid.* la sec. 6006 (b) (3) (A)].

riodo<sup>38</sup>. No se exige, sin embargo, la adopción de las mismas medidas que Estados Unidos –por ejemplo un sistema *cap-and-trade*–, sino que otorga algo de flexibilidad al país extranjero para que aplique una política de cambio climático de su elección<sup>39</sup>.

No obstante, a la hora de establecer si el país ha adoptado medidas comparables, se fijará un nivel base (*baseline*) de volumen de emisión<sup>40</sup>, que recoge las emisiones anuales de gases de efecto invernadero atribuidas a la categoría de los bienes afectados del país extranjero<sup>41</sup>. Dicha cantidad se determinará teniendo en cuenta la mejor tecnología disponible (*best available technology*)<sup>42</sup>.

Una aplicación estricta de estos requisitos podría tener por resultado que prácticamente la totalidad de países con economías emergentes queden incluidos en la lista de “afectados” y que sus importaciones hayan de afrontar las medidas comerciales para la lucha del cambio climático previstas en el borrador de Ley de 2008.

#### B) La aplicación de las medidas comerciales sobre los países en desarrollo

Entre las medidas recogidas en la ACSA de 2008 que abordan la pérdida de competitividad se prevé otorgar derechos de emisión gratuitos a determinadas industrias nacionales<sup>43</sup>. Así, hasta el 2030 Estados Unidos otorgará parte de los derechos de emisión a las empresas nacionales que emplean grandes cantidades de energía para facilitar su transición hacia una economía más baja en carbono.

De aprobarse la Ley de 2008, ésta comenzará a aplicarse el 1 de enero de 2014. En virtud de su *section* 1306, a partir de dicha fecha los exportadores originarios de un país que se encuentre recogido en la lista de “países afectados” que quieran exportar alguno de los “productos afectados” a EE.UU. deberán cumplir con las especificaciones contempladas en la ACSA de 2008<sup>44</sup>. En particular, si dicho país no ha adoptado medidas

<sup>38</sup> ACSA 2008, sec. 1301 (4) (b) (i); en el original: “[A] foreign country shall be considered to have taken comparable action if the Commission determines that the percentage change in greenhouse gas emissions in the foreign country during the relevant period is equal to or greater than the percentage change in greenhouse gas emissions of the United States during that period”.

<sup>39</sup> *Id.*, sec. 1301 (4) (A). La ACSA 2007 tampoco tuvo en cuenta el nivel de desarrollo económico de los países [vid. la sec. 6001 (2)].

<sup>40</sup> ACSA, 2008, sec. 1301 (14).

<sup>41</sup> *Id.*, sec. 1301 (1) (A); en el original: “...the total annual greenhouse gas emissions attributed to the category of the covered good of the foreign country...”

<sup>42</sup> *Id.*, sec. 1301 (2).

<sup>43</sup> *Id.*, Title V, sub-titles E, F, G and H.

<sup>44</sup> La disposición establece: “Effective beginning January 1, 2014, a United States importer of any covered good shall, as a condition of entry of the covered good into the United States, submit to the Administrator and the Bureau of Immigration and Customs Enforcement

sobre cambio climático comparables a las estadounidenses, los importadores deberán acompañar sus bienes con un escrito que especifique si son productos manufacturados o producidos en un país incluido en la lista de “afectados”<sup>45</sup>. En dicho documento, el importador deberá indicar además el número estimado de derechos de emisión necesarios para acceder al mercado estadounidense<sup>46</sup>. El Administrador adoptará la decisión final relativa al número definitivo de derechos necesarios en el plazo de 180 días desde la entrega del documento escrito por el importador<sup>47</sup>. Los derechos de emisión deberán adquirirse de un programa de reserva de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que no necesariamente ha de ser el de EE.UU., sino que se permite obtenerlos en otros mercados, como el comunitario, siempre que sean fiables<sup>48</sup>.

Por último, el borrador de Ley estadounidense de 2008 regula escrupulosamente la cuestión de cuántos derechos de emisión ha de adquirir un país para que sus importaciones puedan acceder al mercado de Estados Unidos. Así, mientras que la versión de 2007 de la Ley estadounidense simplemente recogía la previsión de que deberían adoptarse reglas metodológicas y fórmulas para su cálculo<sup>49</sup>, la de 2008 dedica un artículo a dicho fin, que lleva por título “*Quantity of Allowances Required*” (cantidad de derechos de emisión requeridos)<sup>50</sup>.

---

*a written declaration... [that will] include a statement certifying that the applicable covered good is (A) subject to the international reserve allowance requirements of this section... or (B) exempted from the international reserve allowance requirements of this section... [t]he written declaration for the covered good shall include... an estimate of the number of international reserve allowances that are required for entry of the covered good into the United States... and the deposit of... international reserve allowances in a quantity equal to the estimated number required for entry” (Id, sec. 1306 (c) (1), (c) (2) (a), (c) (3) (C) and (c) (3) (D) (i)).*

<sup>45</sup> *Id.*, sec. 1606 (c) (2).

<sup>46</sup> *Id.*, sec. 1606 (c) (3) (A).

<sup>47</sup> *Id.*, sec. 1606 (c) (4).

<sup>48</sup> *Id.*, sec. 1606 (e).

<sup>49</sup> ACSA de 2007, section 6006 (d) (1).

<sup>50</sup> ACSA de 2008, sec. 1606 (d) (2). De acuerdo con este artículo, el importador deberá comprar un número de derechos de emisión igual al resultado obtenido de multiplicar: (i) el índice nacional de intensidad de gases de efecto invernadero para cada categoría de productos afectados de cada país afectado para el año de cumplimiento, (ii) el factor de ajuste de derechos de emisión para el sector industrial del país extranjero afectado que produjo los bienes afectados y (iii) el índice de ajuste económico del país extranjero afectado. En la versión en inglesa: “*the product obtained by multiplying... the national greenhouse gas intensity rate for each category of covered goods of each covered foreign country for the compliance year...; the allowance adjustment factor for the industry sector of the covered foreign country that manufactured the covered goods...; and the economic adjustment ratio for the covered foreign country...*”.

#### 4. *Las medidas propuestas en el seno de la Comunidad Europea: el nuevo régimen comunitario de comercio de emisiones*

La Unión Europea y sus Estados miembros han participado en todas las negociaciones encaminadas a un futuro acuerdo internacional sobre el cambio climático que suceda al Protocolo de Kyoto, sosteniendo la necesidad de adoptar compromisos de reducción más exigentes para los países industrializados y mayores obligaciones para los países en desarrollo, especialmente sobre algunas economías como China, India o Brasil<sup>51</sup>. Pero, ¿qué pasaría si la Unión Europea fuera la única en asumir compromisos más exigentes mientras que otros actores de la economía global no asumieran ninguno?

Es este escenario lo que se teme en algunos sectores de la industria europea, sobre todo en el periodo de crisis económica en el que nos encontramos. La asunción de compromisos de reducción de forma unilateral demuestra el liderazgo de la Unión Europea en este campo, al predicar con el ejemplo, pero esta decisión no goza de popularidad entre los agentes económicos de aquellos sectores más emisores. De hecho, algunas empresas comunitarias, temiendo la pérdida de competitividad, han comenzado a bajar la posibilidad de trasladar su producción fuera de las fronteras de la Unión Europea<sup>52</sup>. En 2006 un estudio de la OECD demostró que el sector del cemento en particular quedaría afectado por la existencia de diferentes estándares sobre cambio climático en los diversos países<sup>53</sup>. Otro estudio encargado por la Unión Europea en 2006 ha afirmado lo mismo respecto de un mayor número de industrias de alta intensidad energética, incluidos los sectores del acero, de la pasta de papel, de refinería y de aluminio<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> En relación con las propuestas que la CE podría defender en las negociaciones sobre cambio climático, *vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia la consecución de un acuerdo a gran escala sobre el cambio climático en Copenhague” de 28 de enero de 2009 [COM (2009) 39 final].

<sup>52</sup> Sirva de ejemplo que el portavoz de la empresa austriaca de acero Voestalpine sostuvo que si su compañía no obtenía una señal clara de la Comisión de cómo iba a abordar el tema de la competitividad de los productos extranjeros en los sectores de intensidad energética, como es el caso de la industria del acero, reconsideraría invertir en una nueva planta fuera de la UE. *Vid.* Voestalpine, “Annual Report 2007-08”, 2008, pág. 48; disponible en: <http://www.voestalpine.com/ag/en/press/publications.html>

Otro ejemplo es el de la industria del refinado de petróleo. El Director ejecutivo de Shell, Jeroen van der Ver ha pedido a la Comisión que tenga en cuenta la especial situación de este sector que da empleo a 100.000 personas de forma directa y más de dos millones de forma indirecta a través de la industria química y de plásticos en la UE (*vid.* *The Times*, de 15 de abril de 2008).

<sup>53</sup> OECD (2005), “The competitiveness impacts of CO2 emissions reductions in the cement sector”, [http://www.oilis.oecd.org/olis/2004doc.nsf/LinkTo/NT0000A252/\\$FILE/JT00194233.PDF](http://www.oilis.oecd.org/olis/2004doc.nsf/LinkTo/NT0000A252/$FILE/JT00194233.PDF).

<sup>54</sup> European Commission, McKinsey & Company, Ecofys, *EU ETS Review. Report on International Competitiveness* 2006, pág. 60. De acuerdo con este estudio, el coste de

Las empresas comunitarias denuncian asimismo que la regulación de la Comunidad Europea sobre cambio climático y, en particular, el sistema de comercio de derechos de emisión, no son adecuados para solventar el problema del dumping producido por las importaciones de terceros países que no cuentan con regulaciones sobre el clima tan exigentes. La Comisión Europea se hace cargo de las preocupaciones de estos sectores de la economía comunitaria al tenerlas en cuenta en sus políticas sobre cambio climático actuales, como veremos a continuación.

A) Las preocupaciones sobre pérdida de competitividad y fuga de carbono en el futuro régimen comunitario de comercio de derechos de emisión (RCCDE)

El régimen comunitario de comercio de derechos de emisión (RCCDE) se basa en un sistema de comercio de derechos de emisión con fijación previa de unos límites máximos de emisiones de carbono (*cap-and-trade*). El RCCDE es, en palabras de la Comisión, “el mayor mercado único del carbono del mundo”, al representar el 67% del volumen de mercado de emisiones y el 81% del valor del mercado mundial del CO<sub>2</sub><sup>55</sup>.

Se regula por la Directiva 2003/87/CE<sup>56</sup>, complementada por la Directiva 2004/101/CE que autoriza que los créditos generados de los proyectos basados en los mecanismos flexibles previstos en el Protocolo de Kyoto puedan ser utilizados en el sistema de comercio comunitario<sup>57</sup>. Tras dos ciclos de cumplimiento (2005-2007) y (2008-2012), el RCCDE se encuentra

la producción de cemento europeo se incrementaría en un 36,5% a causa del mercado de carbono, constituyendo el 93% del incremento por emisiones directas (*id.* págs. 37-41).

<sup>55</sup> Propuesta de la Comisión de 23 de enero de 2008 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión de gases de efecto invernadero (COM(2008) 16 final), pág. 2 (en adelante, Propuesta de Directiva)

El sistema de comercio actual cubre aproximadamente unas 10.000 plantas industriales en la UE, incluidas plantas energéticas, refinerías petrolíferas y fundiciones de acero, que son responsables de casi la mitad de las emisiones comunitarias de CO<sub>2</sub>.

<sup>56</sup> Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO L 275/32, 25.10.2003).

<sup>57</sup> Directiva 2004/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kyoto (DO L 338/18, 13.11.2004). Sobre la relación entre el Derecho comunitario y los mecanismos basados en proyectos previstos por el régimen internacional del cambio climático *vid.* F. SINDICO, “La regulación comunitaria del cambio climático y los mecanismos flexibles previstos por el Protocolo de Kyoto: ¿un obstáculo o un impulso para la economía europea? en A. REMIRO BROTONS e I. BLÁZQUEZ NAVARRO (eds.), *La Acción Exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 439-460.

actualmente en fase de revisión de cara a un tercer periodo de cumplimiento (2013-2020)<sup>58</sup>.

El artículo 30 de la Directiva 2003/87 recoge la previsión para la revisión y futuro desarrollo del RCCDE, sin mencionar expresamente las preocupaciones relativas a la “fuga de emisiones” y los problemas de competitividad de las empresas. No obstante, estas cuestiones sí aparecen en posteriores actuaciones de la Comisión. Así, la Comunicación de la Comisión de 2006 por la que se asientan las bases de la revisión del nuevo RCCDE<sup>59</sup>, en particular en la sección “*Necesidades particulares de las industrias con gran consumo energético*” en la que se reconoce un vínculo entre la cuestión de la competitividad y la “fuga de carbono”<sup>60</sup>.

Lo mismo puede encontrarse en la Propuesta de Directiva para perfeccionar y ampliar el RCCDE<sup>61</sup> que fue hecha pública por la Comisión en enero de 2008 junto con el Plan de Acción sobre el Clima y las Energías

<sup>58</sup> Vid. las novedades en M. CAMPINS ERITJA, “Algunas reflexiones en torno al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero en la Comunidad”, en A. REMIRO BROTONS y R. FERNÁNDEZ EGEA (eds.), *El cambio climático en el Derecho internacional y comunitario*, Madrid, Fundación BBVA, 2009, pp. 165-195.

<sup>59</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Construcción de un mercado mundial del carbono – Informe elaborado de conformidad con el artículo 30 de la Directiva 2003/87/CE*, COM(2006) 676 de 13 de noviembre de 2006.

<sup>60</sup> Según la Comisión: “Las industrias con gran consumo energético [...] se enfrentarán a un obstáculo concreto durante la transición a una economía ecológica... participarán, en circunstancias normales, en las subastas de derechos de emisión, lo que representa un coste adicional con el que no deberán correr los competidores de este tipo de industrias ubicados en países que no apliquen medidas sobre emisiones reducidas de carbono. *Ello no sólo tiene repercusiones en la competitividad y el empleo, sino que además crea el riesgo de que tanto la producción como la contaminación que esta lleva aparejada acaben desplazándose a países que carezcan de políticas sobre emisiones reducidas de carbono*” (*Id.*, pág. 13, énfasis añadido)

<sup>61</sup> Propuesta de Directiva, *vid. supra*, nota 55.

La propuesta de la Directiva fue enviada al Parlamento Europeo donde fue objeto de examen por parte de un comité liderado por la diputada Avril Doyle (*vid. Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, Rapporteur: Avril Doyle, Draft Report on the proposal for a Directive amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading system of the Community* [COM(2008)0016 – C6-0043/2008 – 2008/0013(COD)] de 11 de junio de 2008). El comité incluyó unas enmiendas a la propuesta de la Comisión pero no llegó a modificar sustancialmente la propuesta de la Directiva que finalmente fue aprobada en octubre de 2008 (*vid. Compromise Amendments 1-25, Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, Rapporteur: Avril Doyle, Draft Report on the proposal for a Directive amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading system of the Community* [2008/0013(COD)] de 5 de octubre de 2008. *Vid* también los comentarios del Comisario Stavros Dimas, *Commissioner Dimas welcomes EP Environment Committee vote on climate-energy package*, de 7 de octubre de 2008).

Renovables<sup>62</sup>. En su Propuesta de Directiva la Comisión ha afirmado rotundamente que la regulación comunitaria sobre el clima ha de “fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente”<sup>63</sup> y que las preocupaciones sobre la competitividad de industrias específicas tendrán que tenerse en cuenta a la hora de diseñar la respuesta de la Comunidad Europea al cambio climático. Además de trazar la vinculación entre la pérdida de competitividad y la “fuga de carbono”, la Comisión también resalta la vertiente ambiental del problema al sostener que:

“En caso de que no participaran en ese acuerdo internacional otros países desarrollados ni otros grandes emisores de gases de efecto invernadero, podría provocarse un aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero en terceros países en los que no se impusieran a la industria limitaciones comparables en materia de emisiones de carbono (“fuga de carbono”) y, al mismo tiempo, algunos sectores y subsectores comunitarios grandes consumidores de energía, sujetos a la competencia internacional, podrían verse en una situación de desventaja económica. *Eso podría socavar la integridad medioambiental y los resultados positivos de las acciones comunitarias*”<sup>64</sup>.

Del texto de la Propuesta de Directiva se demuestra que la Comisión reconoce el vínculo positivo entre la integridad ambiental de sus medidas y la prevención de la “fuga de carbono”. Si la pérdida de competitividad de sectores específicos de la industria de la Unión Europea no se trata de forma correcta, el objetivo ambiental sobre el clima de la Comunidad Europea quedará menoscabado por cuanto se incrementarán las emisiones en otros lugares del mundo. A continuación examinaremos qué es lo que la Comunidad Europea prevé hacer para prevenir la “fuga de carbono”.

#### B) Las medidas comunitarias propuestas para prevenir la “fuga de carbono”

La Comisión ha considerado un abanico de posibles medidas con el objetivo común de “poner en pie de igualdad a las instalaciones comunitarias que se enfrentan a un riesgo importante de fuga de carbono y a las de

<sup>62</sup> Estas dos iniciativas se encuadran en el conjunto de medidas resultantes del Paquete comunitario sobre cambio climático y energía de 10 de enero de 2007, por el cual la UE se comprometió a reducir un 30% de sus emisiones para el 2020, siempre y cuando otras potencias y países en desarrollo adopten medidas comparables. Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 8 y 9 de marzo de 2007 (Doc. 7224/1/07 REV 1); disponibles en: [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/93135.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/93135.pdf).

<sup>63</sup> Propuesta de Directiva, pág. 13, *vid. supra* nota 55.

<sup>64</sup> *Id.*, considerando 19 (énfasis añadido).

terceros países”<sup>65</sup>. Se trata, por tanto, de garantizar iguales oportunidades a las empresas nacionales en aquellos sectores más afectados por la pérdida de competitividad y “fuga de carbono” respecto de la industria de países que no cuentan con medidas sobre el clima comparables.

Para alcanzar este fin, el Paquete sobre la acción del clima y las energías renovables y la Propuesta de Directiva adoptan una doble táctica: por un lado, algunos sectores de la Unión Europea podrán beneficiarse de derechos de emisión gratuitos<sup>66</sup>, mientras que el resto recibirá sus derechos por subasta. Por el otro lado, la Comisión plantea la aplicación directa de medidas sobre las importaciones de terceros países, por ejemplo, obligándoles a adquirir derechos de emisión en el mercado comunitario<sup>67</sup>.

Existen otras medidas comerciales que también pudieron haberse barajado para combatir los problemas de compatibilidad y de “fuga de carbono”, como introducir un embargo de productos procedentes de aquellos países que no implementen políticas de reducción de gases de efecto invernadero o permitir su entrada sujeta a una carga impositiva<sup>68</sup>. Sin embargo, estas medidas, además de comportar problemas de compatibilidad claros con el sistema multilateral de comercio, cuyas obligaciones se predicen tanto frente a la Comunidad Europea como a sus Estados miembros, no ayuda a crear un clima favorable para las negociaciones internacionales<sup>69</sup>. Por estos motivos, las propuestas endosadas por la Comisión constituyen medidas

<sup>65</sup> *Id.*, considerando 20.

<sup>66</sup> Según la Comisión, “[l]as industrias grandes consumidoras de energía que se considere están expuestas a un riesgo considerable de fuga de carbono podrían recibir una cantidad superior de derechos de emisión gratuitos...” (*Ibid.*)

<sup>67</sup> *Id.* Art. 10 *ter* relativo a las “Medidas de apoyo a algunas industrias grandes consumidoras de energía en caso de fuga del carbono”, en que se establece la posibilidad de incluir en el régimen comunitario a los importadores de productos fabricados en dichos sectores o subsectores (*vid. supra*, nota 55).

Esta posibilidad se contempla de forma más clara en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Dos veces 20 para el 2020. El cambio climático, una oportunidad para Europa* (Doc. COM/2008/30 final); en adelante, Comunicación de la Comisión de 2008. En ella la Comisión se refiere expresamente a “propuestas tales como... la exigencia de que los importadores participen, junto con sus competidores europeos, en las subastas de derechos de emisión que contempla el régimen de comercio de este tipo de derechos” (pág. 13).

<sup>68</sup> A pesar de que algunos Estados miembros se han manifestado a favor, como es el caso de Francia (*vid.* VILLEPIN y WIERS, “French Ideas on Climate and Trade Policies”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 2, 2008 págs. 18-32).

<sup>69</sup> Ésta es la posición del entonces Comisario Peter Mandelson en una declaración realizada el 9 de febrero de 2007: “*I have doubts about a Kyoto tariff. All the debates over whether such a tariff would be legal, or economically sensible or even practical – are important but secondary. A Kyoto tariff gets the international politics of climate change wrong. The climate crisis requires that we build international consensus for radical change. That we build a global coalition. It’s ultimately more productive to encourage clean trade than to try and punish dirty trade. We will never bully the non-signatories to Kyoto into being virtuous – it is counterproductive to try*” (disponible en: <http://www.euractiv.com/en/climate-change/mandelson-wants-free-trade-green-goods/article-161632>).

de ajuste en frontera basadas en el mercado de derechos de emisión, que examinamos a continuación.

En cuanto al otorgamiento gratuito de derechos de emisión, la Comisión ha clarificado que la “fuga de carbono” es un problema que afecta a un número limitado de sectores. No todas las industrias se beneficiarán de estas medidas, sino sólo aquellas con gran consumo de energía, tales como las de producción de aluminio, acero, pasta de papel, petróleo y algunos elementos químicos<sup>70</sup>.

Además, las industrias que potencialmente pueden verse perjudicadas por la pérdida de competitividad deberán cumplir una serie de requisitos para poder beneficiarse de las medidas comunitarias<sup>71</sup>. En este sentido, tanto el Paquete de medidas de 2008 como la Propuesta de Directiva han afirmado que no se aplicarán a los sectores o subsectores que puedan repercutir “el coste de los derechos de emisión necesarios sobre los precios de productos sin una pérdida significativa de cuota de mercado a favor de instalaciones fuera de la Comunidad que tengan un comportamiento peor desde el punto de vista de las emisiones de carbono”<sup>72</sup>. En definitiva, los grandes beneficiarios de las futuras medidas comunitarias sobre ajuste en frontera serán aquellas industrias con gran consumo de energía que no puedan repercutir los costes de tener que adquirir derechos de emisión sin

<sup>70</sup> *Commission staff working document accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the EU greenhouse gas emission allowance trading system* (2008), pág. 11; disponible en: [http://ec.europa.eu/environment/climat/emission/pdf/com\\_2008\\_16\\_ia\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/climat/emission/pdf/com_2008_16_ia_en.pdf).

<sup>71</sup> Según la Comisión: “La necesidad de tomar medidas se determinará en función del cumplimiento de criterios que demuestren que los costes adicionales no pueden revertirse sin que ello signifique una cesión importante de cuota mercado a manos de competidores ajenos a la UE con una menor eficiencia en materia de carbono. *A los sectores que cumplan estos criterios se les concederá gratuitamente la totalidad o una parte de sus derechos de emisión*” (vid. la Comunicación de la Comisión de 2008, pág. 13, énfasis añadido, vid. *supra*, nota 67).

En virtud de la Propuesta de Directiva: “[p]ara controlar el riesgo de fuga de carbono, la Comunidad asignará hasta un 100 % de derechos de emisión gratuitos a los sectores o subsectores que cumplan los criterios pertinentes” (considerando 19, vid. *supra*, nota 55).

<sup>72</sup> Art. 10 bis (9) de la Propuesta de Directiva, vid. *supra*, nota 55.

En dicho artículo también se establecen algunos criterios que la Comisión deberá tener en cuenta para establecer qué sectores se encuentran especialmente amenazados por las importaciones originarias de los países con un “comportamiento peor desde el punto de vista de las emisiones de carbono” y que son (art. 10 bis): “(a) la medida en que la subasta puede dar lugar a un aumento sustancial del coste de producción; (b) la medida en que es posible que instalaciones concretas del sector considerado reduzcan los niveles de emisión, por ejemplo mediante las técnicas más eficaces; (c) la estructura del mercado, el mercado geográfico y de productos pertinente y la exposición de los sectores a la competencia internacional; (d) el efecto del cambio climático y de las políticas energéticas actuales o previstas fuera de la UE en los sectores considerados”. Además, “[p]ara evaluar si puede repercutirse el aumento de los costes derivados del régimen comunitario, pueden utilizarse, entre otras cosas, las estimaciones sobre las ventas no realizadas como consecuencia del aumento del precio del carbono o del impacto sobre la rentabilidad de las instalaciones consideradas”.

perder competitividad frente a los importadores de terceros Estados con legislaciones más laxas en materia de cambio climático.

En relación con la segunda propuesta de medidas, la obligación de que las empresas extranjeras adquieran derechos de emisión para compensar su situación competitiva ventajosa, dicha obligación se basará sobre las características del bien que se importa (si, por ejemplo, para su producción se ha empleado grandes cantidades de energía o producido grandes cantidades de emisiones) o si la medida se basará en las características del país del que es originario el producto o la empresa importadora (la política sobre el clima con la que cuente o la posible negativa de participar en un acuerdo internacional sobre el clima).

A este respecto, la Propuesta de Directiva se refiere a las “instalaciones fuera de la Comunidad que no adopten medidas comparables para reducir emisiones”<sup>73</sup> y precisa en su artículo 10 bis (9) que se tratará de “instalaciones fuera de la Comunidad que tengan un comportamiento peor desde el punto de vista de las emisiones de carbono”. No obstante, lo que la Comisión ha evitado es hacer referencia a la postura que adopte el país en relación con las negociaciones de un futuro acuerdo internacional. La única referencia al respecto se encuentra en la parte de “considerandos” de la Propuesta de Directiva aludiendo al hecho de que se puede producir una “fuga de carbono” si otros países grandes emisores de gases de efecto invernadero no participan en el acuerdo internacional, poniendo en peligro el objetivo general de no aumentar 2°C la temperatura global del planeta. Sin embargo, en el Informe de la europarlamentaria Avril Doyle se establecía un vínculo claro entre el fenómeno de “fuga de carbono” y la no participación en un futuro acuerdo internacional<sup>74</sup>, por lo que no parece descartarse esta posibilidad.

En definitiva, los importadores de productos que conlleva un gran consumo de energía se encontrarán doblemente perjudicados por estas medidas comunitarias: no sólo porque deberán adquirir derechos de emisión en el RCCDE para poder acceder al mercado comunitario, sino también porque sus competidores comunitarios han obtenido los derechos de forma gratuita. Aunque los detalles de tales medidas no se han hecho públicos aún, lo que parece estar claro es que se tratará de una combinación de otorgar derechos de emisión gratuitos y condicionar el acceso al mercado comunitario a la compra por parte de los productores extranjeros de dere-

<sup>73</sup> Considerando 20 de la Propuesta de Directiva, *vid. supra*, nota 55.

<sup>74</sup> En dicho informe se determinaba lo siguiente: “...energy-intensive sectors or sub-sectors that have been determined to be exposed to significant risks of loss of significant market share to less carbon efficient installations outside the Community in countries which do not participate in the future international agreement (‘carbon leakage’)”, pág. 23, *supra* nota 61. No obstante, la versión del informe Doyle que fue finalmente aprobada por el Parlamento Europeo ya no recogía la referencia a los países que no participan en un futuro acuerdo internacional sobre cambio climático (*vid. Informe Doyle, Enmienda 20, pág. 22*).

chos de emisión del futuro RCCDE. Ello puede comportar problemas con el sistema multilateral de comercio, como veremos.

C) Periodo de aplicación: medidas que serán adoptadas tras la cumbre de Copenhague

Las empresas de los sectores más afectados por la fuga de carbono necesitan que los políticos y legisladores comunitarios otorguen cierta certidumbre y previsibilidad respecto del nuevo RCCDE para poder adoptar decisiones comerciales en relación a futuras inversiones y posibles reubicaciones de sus plantas<sup>75</sup>. Sin embargo, medidas como los ajustes en frontera que afecten a los productos de terceros países pueden hacer más delicada una situación ya de por sí tensa a la hora de alcanzar un consenso internacional en Copenhague<sup>76</sup>.

Por este motivo, la adopción de las medidas referidas que tienen por objeto evitar los problemas de pérdida de competitividad y de “fuga de carbono” se plantean con carácter subsidiario a los esfuerzos internacionales. Es decir, sólo serán de aplicación si los problemas de competitividad y de “fuga de carbono” no se resuelven en el marco de un acuerdo internacional –que podría ser el resultante de las negociaciones auspiciadas por la CMNUCC tras la reunión de la Conferencia de las Partes en diciembre de 2009 en Copenhague (COP 15)- o si no se adoptan medidas comparables en los países competidores<sup>77</sup>.

De esta forma, la Propuesta de Directiva establece un calendario previsto para el supuesto de que sea necesario recurrir a las medidas sobre ajuste en frontera examinadas. Así, no se adoptará ninguna medida antes de la Conferencia de las partes de diciembre de 2009 y sólo en el caso de que las negociaciones internacionales fracasen, la Comisión acelerará el proceso y determinará los sectores más afectados por la “fuga de carbono” para el 30 de junio de 2010<sup>78</sup>. En este caso, en el plazo de un año se preparará un informe en el que se explique la situación de las industrias con gran consumo de energía en relación con la fuga de carbón. El informe se someterá al Parlamento Europeo y al Consejo para junio de 2011, a más tardar<sup>79</sup>, incluyendo las propuestas específicas para afrontar

<sup>75</sup> Ésta es, por ejemplo, la posición sostenida por Voestalpine, *vid. supra* nota 52.

<sup>76</sup> Así lo ha advertido también el ponente del Parlamento Europeo, Abril Doyle en su Informe, pág. 34, *vid. supra*, nota 61.

<sup>77</sup> Así parece quedar claro en la Comunicación de la Comisión de 2008, *supra* nota 67: “La solución podría consistir en un acuerdo general internacional. En su defecto o en caso de que los competidores de los sectores con gran consumo de energía no adopten unilateralmente medidas importantes, la UE deberá tomar medidas para garantizar la igualdad de condiciones”, pág. 13.

<sup>78</sup> Art. 10 *bis*, par. 9 de la Propuesta de Directiva, *vid. supra*, nota 55.

<sup>79</sup> *Id.* art. 10 *bis*.

este problema. Será entonces cuando se hagan públicas las medidas sobre el ajuste en frontera.

Con ello, la Comunidad Europea pretende un doble objetivo. Por un lado, desviar la atención sobre las posibles medidas de ajuste en frontera antes de que se celebre la cumbre de Copenhague para no entorpecer la consecución de resultados en las negociaciones internacionales sobre cambio climático. Por otro lado, se dota de un plan de establecimiento acelerado de medidas en respuesta a la “fuga del carbono” si las negociaciones fracasan.

### III. EXAMEN DE LAS MEDIDAS DE ESTADOS UNIDOS Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN EL SENO DE LA OMC

#### 1. *Compatibilidad de las medidas comerciales con la legalidad internacional: régimen internacional de comercio y de cambio climático*

Las medidas de ajuste en frontera que pudieran adoptarse en la Comunidad Europea o en Estados Unidos pueden entrar en conflicto con las obligaciones establecidas en los acuerdos comerciales de la Organización Mundial del Comercio, y en el caso de Estados Unidos también respecto del Tratado de libre comercio de América del Norte (*North America Free Trade Agreement* o NAFTA). Ello explica que se tenga un especial cuidado a la hora de diseñar estas medidas, de forma que puedan declararse compatibles con las normas de la OMC. Así por ejemplo, en la Propuesta de la Comisión Europea de nueva Directiva sobre el RCCDE se afirma que el nuevo sistema adoptado: “debería atenerse a las obligaciones internacionales de la Comunidad, incluido el Acuerdo sobre la OMC”<sup>80</sup>.

Por su parte, el legislador estadounidense también ha procurado resaltar la importancia de la compatibilidad con la OMC a la hora de diseñar las medidas comerciales. En la ACSA de 2007 se incluía un artículo relativo a la compatibilidad con los acuerdos internacionales donde se hacía hincapié que la adquisición de derechos de emisión por parte de los importadores debería ser acorde con los acuerdos internacionales aplicables<sup>81</sup>. Aunque en la versión de 2008 desaparece una mención específica a este particular, se aclara que cualquier acción necesaria que aborde la cuestión de las emisiones de gases de efecto invernadero atribuibles a la producción de los bienes afectados originarios de los países afectados deberá adoptarse

<sup>80</sup> Considerando 20 de la Propuesta de Directiva, *vid. supra*, nota 55.

<sup>81</sup> *Vid.* la sec. 6006 (g) de la ACSA 2007, titulada “Compatibilidad con los acuerdos internacionales” (*Consistency with international agreements*), que establecía: “*The Administrator [...] shall adjust the international reserve allowance requirements established under this section [...] as the Administrator determines to be necessary to ensure that the United States complies with all applicable international agreements*” [ACSA, 2007, sec. 6006 (g)].

de forma compatible con todos los acuerdos internacionales<sup>82</sup>. Entre los acuerdos internacionales se incluyen expresamente los de la Organización Mundial de comercio<sup>83</sup>.

Aun así, ello no garantiza que terceros países no acudan al sistema de la OMC para invalidar dichas medidas. La Confederación de la Industria India ha advertido que las medidas que se infieren de la propuesta comunitaria de nueva directiva constituyen nuevos obstáculos arancelarios contrarios a los acuerdos de la OMC<sup>84</sup>. Y es que estas medidas proteccionistas afectarán muy especialmente a los países en desarrollo. Mientras que la Comisión Europea sostiene que las medidas comunitarias no se dirigen a ningún país en particular sino que son “neutras”, la regulación estadounidense ha establecido claramente que serán los países en desarrollo los afectados por sus medidas comerciales<sup>85</sup>.

Esta constatación significa que las medidas previstas para atajar la “fuga de carbono” en la Comunidad Europea y en Estados Unidos puedan igualmente presentar problemas de incompatibilidad con el régimen internacional sobre cambio climático establecido por la CMNUCC. La compatibilidad con esta regulación internacional importa también en la configuración de las medidas comunitarias<sup>86</sup> y estadounidense<sup>87</sup>, aunque no se cumpla en la práctica.

<sup>82</sup> Vid. la sec. 1307 (b) (3)] de la ACSA de 2008; en el original: “to address greenhouse gas emissions attributable to the production of covered goods in covered foreign countries [must be adopted] in compliance with all applicable international agreements”.

<sup>83</sup> *Id.*, sec. 1301 (11); en el original: “the Marrakesh agreement establishing the World Trade Organization”.

También en el Libro Blanco del Subcomité sobre Energía y Calidad del Aire de la Casa de Representantes de EE.UU. se establece que aunque no cabe obligar de forma unilateral a terceros países para que adopten medidas de protección del clima, si se podría inducir a países en desarrollo a que adopten medidas de reducción de emisiones siempre que sea compatible con las obligaciones de la OMC. En el original “[S]ince the US cannot unilaterally bind other countries, our goal will be to craft legislation that also induces developing countries to limit their emissions growth... in a manner that is reasonably certain to withstand challenge before the World Trade Organization” (vid. Subcommittee on Energy and Air Quality of the U.S. House of Representatives, *Climate Change Legislation Design White Paper*, 2008, pág. 2).

<sup>84</sup> Vid. “Europe threatens carbon tax on Third World” (Tuesday May 6, 2008), *Down to Earth: Science and Environment online*, vol. 16; disponible en: [http://www.downtoearth.org.in/full6.asp?foldername=20080515&filename=news&sec\\_id=4&sid=11](http://www.downtoearth.org.in/full6.asp?foldername=20080515&filename=news&sec_id=4&sid=11).

<sup>85</sup> *Climate Change Legislation Design White Paper* de 2008, pág. 2, vid. *supra*, nota 83.

<sup>86</sup> La Comisión afirma en su Propuesta de Directiva que: “Cualquier medida que se adopte tendría que ser conforme con los principios de la CMNUCC, en particular el que se refiere a las responsabilidades comunes, pero diferenciadas, y a las capacidades respectivas, teniendo en cuenta la situación especial de los países menos desarrollados” (considerando 20). Vid. *supra*, nota 55.

<sup>87</sup> La CMNUCC se considera incluida entre los acuerdos internacionales que han de observar. Vid. *supra*, nota 82.

La Convención y su Protocolo establecen el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas que implica que los Estados han de asumir obligaciones conforme a sus capacidades y su responsabilidad histórica en la creación del daño ambiental, lo que se traduce en que a los Estados en desarrollo no le son oponibles obligaciones cuantitativas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Una medida comercial que impone una carga mayor sobre las importaciones de países en desarrollo, a la vez que exime a los productores nacionales de los países industrializados constituye una violación flagrante del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas recogido en los artículos 3 y 4 de la CMNUCC y en el artículo 10 del Protocolo de Kyoto.

Sin embargo, ¿podría resolverse una posible diferencia comercial entre Estados Unidos o la Comunidad Europea con un Estado en desarrollo en el seno del régimen internacional sobre el cambio climático? Aunque el Protocolo de Kyoto cuenta con un mecanismo de control de cumplimiento<sup>88</sup>, éste se ocupa básicamente de las obligaciones internacionales de reducción de emisiones recogidas en el Protocolo, por lo que no está claro si tiene competencia para tomar una decisión relativa a si la medida comercial para la lucha contra el cambio climático ha vulnerado un principio del régimen internacional sobre el clima.

Por otra parte, en el caso hipotético que pudiera utilizarse sólo se podría hacer respecto de la Comunidad Europea y no de Estados Unidos porque este último no es parte del Protocolo. Estados Unidos es parte de la CMNUCC por lo que, en el caso de una controversia sobre la interpretación o la aplicación de la Convención, podría acudir a los mecanismos de solución de diferencias previstos en ella. La Convención no cuenta con un mecanismo de solución de diferencias institucionalizado, sino que se remite a los medios internacionales de arreglo pacífico, ya sean de carácter político o jurisdiccional (arreglo arbitral y Corte Internacional de Justicia), lo que requiere una aceptación previa de las partes<sup>89</sup>. Con estas trabas, un país en desarrollo perjudicado por las medidas comerciales comunitaria o estadounidense recurrirá con toda probabilidad al Órgano de solución de Diferencias de la OMC.

<sup>88</sup> Regulado en las Decisiones 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3) y 27/CMP.1 (FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3) por las que se establecen los Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto.

Sobre su funcionamiento, *vid.* A. PEYRÓ LLOPIS, "Los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kyoto", en A. REMIRO BROTONS y R. FERNÁNDEZ EGEA (eds.), *El cambio climático en el Derecho internacional y comunitario*, Madrid, Fundación BBVA, 2009, en prensa; y M. Campins Eritja, X. Fernández Pons y L. Huici Sancho, "Compliance Mechanisms in the Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol", *Revue Générale de Droit*, vol. 34, n. 1, 2004, págs. 51-105.

<sup>89</sup> Art. 14 CMNUCC.

## 2. *Las reglas comerciales del GATT: prohibición de discriminación y proteccionismo en los intercambios de mercancías*

### A) Las disposiciones vulneradas

Las disposiciones que pueden verse directamente afectadas por las medidas comerciales de Estados Unidos<sup>90</sup> o la Comunidad Europea son la cláusula de nación más favorecida y de trato nacional recogidas en el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, más conocido como GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Estas dos reglas constituyen las manifestaciones del principio de no discriminación, piedra angular del sistema multilateral de comercio.

El principio de nación más favorecida, regulado en el artículo I del GATT, garantiza que las ventajas otorgadas por un miembro de la OMC a otro se extiendan de forma inmediata y e incondicional al resto de Estados miembros. De esta forma se evita que los productos de un país se beneficien de unas condiciones comerciales más ventajosas que los procedentes de otros Estados miembros.

Así, si la medida comercial sobre cambio climático –por ejemplo, la obligación de adquirir derechos de emisión– se aplica a unos bienes y a otros no dependiendo de la política sobre el clima que tenga el país de origen, muy probablemente será declarada contraria al principio de nación más favorecida, recogido en el artículo I GATT.

El principio de trato nacional recogido en el artículo III GATT, por su parte, prohíbe cualquier trato fiscal o reglamentario discriminatorio y proteccionista entre los productos nacionales e importados. Ello se aplica tanto en el caso de las medidas impositivas –apartado 2 del art. III- o tratándose de reglamentaciones nacionales –apartado 4 del art. III-. Las medidas de ajuste en frontera se considerarán con toda probabilidad reglamentaciones nacionales en el sentido del artículo III.4 GATT. La regla contenida en esta disposición indica que no cabe dar un trato a los productos importados que les sitúe en una posición de desventaja respecto de los productos nacionales similares. No cualquier trato distinto será discriminatorio, sino sólo aquel que resulte en un trato proteccionista a favor de la producción nacional<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Vid. un análisis más en detalle sobre la compatibilidad de las medidas estadounidenses y la regulación de la OMC en J. PAUWELYN, *U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law*, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, Duke University, 2007; B.G. JANZEN, “International Trade Law and the ‘Carbon Leakage’ Problem: Are Unilateral U.S. Import Restrictions the Solution?”, *Sustainable Development Law and Policy*, vol. 8, 2008, págs. 22-26; y F. SINDICO, *op. cit.* (vid. *supra*, nota 19).

<sup>91</sup> Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Corea-Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* (WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R de 11 de diciembre de 2000), pars. 136 y 137 (en adelante, as. *Corea-Carne vacuna*).

Así, por ejemplo, si un importador de un país en desarrollo tiene que adquirir derechos de emisión de una reserva internacional a un precio superior que los productores nacionales, podría constatar un trato menos favorable contraria al artículo III GATT. La discriminación se hace patente máxime cuando las industrias nacionales se benefician de derechos de emisión gratuitos, tal y como se prevé en las medidas estadounidense y comunitarias<sup>92</sup>.

## B) Definición de producto similar y PPM

Otra cuestión importante es determinar qué hemos de considerar por productos “similares”. Tradicionalmente la “jurisprudencia” GATT/OMC ha establecido una serie de criterios (características físicas, usos finales, hábitos y gustos del consumidor y posición arancelaria) que se han venido aplicando desde entonces<sup>93</sup>, si bien, modulados en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales para dar cabida a otras consideraciones como las ambientales<sup>94</sup>.

En este sentido, es fundamental determinar si un miembro de la OMC puede adoptar medidas que distingan los productos según hayan sido elaborados, es decir, que se basen en sus procesos y métodos de producción (PPM)<sup>95</sup>. La cuestión consiste en dilucidar si pueden considerarse “similares” dos productos que, compartiendo las mismas características físicas, uno requirió un uso intensivo energético y grandes emisiones de gases de efecto invernadero, mientras que la elaboración del otro no produjo tales implicaciones. A modo de ejemplo, se trataría de determinar si dos coches idénticos no son “similares” en el sentido del artículo III GATT porque sus componentes han sido elaborados con diferentes repercusiones sobre el clima global.

<sup>92</sup> Vid. *supra*, epígrafes II.3 y II.4.

<sup>93</sup> Establecidos en el informe del Grupo de Trabajo en el asunto *Ajustes fiscales en frontera*, adoptado el 2 de diciembre de 1970 (Doc. IBDD 18S/106), par. 18; y aplicados en la posterior “jurisprudencia”; *vid.*, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales en los asuntos *EE.UU.-Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas substancias importadas (Superfund)*, adoptado el 17 de junio de 1987 (Doc. IBDD 34S/136), par. 5.1.1 y *Japón-Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importadas*, adoptado el 10 de noviembre de 1987 (Doc. IBDD 34S/83), pars. 5.6 y ss.

<sup>94</sup> Vid. el informe del Órgano de Apelación en el as. *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al Amianto y los productos que contiene amianto* (Doc. WT/DS135/AB/R de 12 marzo de 2001), par. 101. En adelante, asunto *CE-Amianto*.

<sup>95</sup> Para más información sobre el debate acerca de productos “similares” y PPM, *vid.* S. CHARNOVITZ, “The Law of Environmental ‘PPMs’ in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, n. 1, 2002, págs. 59-110; R. HOWSE y D. REGAN, “The Product/Process Distinction-An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 11, n. 2, 2000, págs. 249-289, y R. FERNÁNDEZ EGEA, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 81-95 y 231-294.

En este sentido, recordemos que el ACSA de 2008 aplica las condiciones de importación sobre los bienes manufacturados preparados para su consumo sobre la base de la cantidad de CO<sub>2</sub> emitidos en su elaboración, incluidos los atribuidos a las materias primas utilizadas en su proceso de producción<sup>96</sup>. Así, la medida estadounidense distingue entre los productos nacionales manufacturados con poca energía de aquellos importados y fabricados con gran consumo de energía. En dicho caso, el país en desarrollo podrá alegar que Estados Unidos ofrece un trato distinto a dos productos sobre la base de sus métodos de producción (PPM).

Además, las medidas planteadas por Estados Unidos y por la Comunidad Europea distinguen los productos nacionales de aquellos importados procedentes de países que no cuentan con políticas de reducción similares a las estadounidenses o comunitarias. Aquí el elemento de distinción no son las emisiones directas que se producen por la producción del bien afectado, sino por motivo del origen del mismo y las políticas adoptadas en dicho país<sup>97</sup>.

Desde el punto de vista medioambiental dos productos cuya elaboración implique distintos volúmenes de emisión no deberían considerarse “similares”. No obstante, la postura tradicional en la “jurisprudencia” GATT/OMC es que a la hora de establecer la similitud sólo se tienen en cuenta las circunstancias de los productos finales y aquellas relativas a su método de producción siempre y cuando dejen huella en las características de los productos finales<sup>98</sup>. Por lo tanto, los productos que exigen gran intensidad energética para su fabricación y aquellos que fueron producidos de forma eficiente no serán “similares” si esta distinción no se aprecia en las características físicas de los productos finales. En el ejemplo anterior, los coches serán considerados “similares” porque sus propiedades físicas y sus usos finales son idénticos.

En la última jurisprudencia se ha dado una mayor cabida a las consideraciones ambientales a la hora de determinar la similitud de los productos, sobre todo si los consumidores de un mercado dado no los consideran como “similares” precisamente por los efectos perjudiciales que puedan

<sup>96</sup> *Vid. supra*, epígrafe II.3.

<sup>97</sup> Este tipo de medidas también se consideran PPM. Se trata, por tanto, de distinguir entre las medidas que hacen referencia al volumen de emisiones del productor que se autorizan en el país de origen (“*producer/country based*”), o al volumen de carbono que efectivamente se ha emitido en las distintas fases de la producción del bien (“*product-based*”). Las medidas basadas en las características o circunstancias de los Estados de los que son originarios los productos son fácilmente recurribles ante la OMC pues vulneran la cláusula de nación más favorecida y la regla de trato nacional y encontrarán dificultades para ser excepcionadas bajo el artículo XX GATT debido al vínculo tan indirecto entre el producto afectado y el perjuicio ambiental.

<sup>98</sup> *Vid. Informe del Grupo Especial, as. EE.UU.-Restricciones a la importación de atún*, no adoptado y distribuido el 3 de septiembre de 1991 (IBDD 39S/183), par. 5.15.

tener sobre el medio ambiente<sup>99</sup>. De sostenerse esta postura, llevaría al resultado de que no existe discriminación puesto que los productos no son similares. Sin embargo, a pesar de la flexibilización de la definición de “producto similar”, el impacto ambiental negativo de los productos no se ha aceptado como criterio autónomo para distinguir las mercancías<sup>100</sup>. Así como tampoco se aceptan aún de forma expresa los PPM que no dejen huella en las características físicas de los productos finales<sup>101</sup>.

Cabe añadir que los países en desarrollo se han opuesto tradicionalmente a la legalidad de las medidas ambientales basadas en los PPM de los productos puesto que ello conlleva una interferencia en su soberanía nacional<sup>102</sup>. Efectivamente, una medida comercial relativa al cambio climático que obligue a un importador a comprar derechos de emisión para acceder al mercado de un país determinado porque el país de origen del importador no cuente con medidas ambientales comparables al segundo, supone cierta influencia sobre la elección de políticas a un país extranjero más allá de las fronteras de su territorio<sup>103</sup>.

Se teme que con este tipo de medidas los países industrializados acabarán utilizando medidas comerciales relativas al medio ambiente para llegar a los resultados a los que no han podido llegar a través de las negociaciones internacionales: que los países emergentes asuman reducir sus emisiones de forma equivalente a los países industrializados. En definitiva, las políticas sobre el clima, entre otras, de los países en desarrollo acabarán adaptándose al patrón establecido por los países industrializados.

### 3. *Las excepciones ambientales bajo el GATT*

Aún declarando la incompatibilidad de las medidas comerciales con las reglas del GATT, los Estados que adoptaron tales medidas podrán alegar que se benefician de una de las excepciones recogidas en el artículo XX GATT. Efectivamente, esta disposición permite que restricciones comerciales, en principio, ilícitas, queden excusadas atendiendo a su carácter ambiental. Ello porque entre los supuestos contemplados en la disposición, dos permitirían la cabida de medidas comerciales adoptadas para lucha contra el

<sup>99</sup> Aunque esto no ha sido sostenido en la jurisprudencia de forma clara, en el asunto *CE-Amianto* el Órgano de Apelación dio cierto peso a los gustos y hábitos de los consumidores para distinguir dos productos por motivos ambientales (*vid.* informe del Órgano de Apelación, as. *CE-Amianto*, pars. 113-114).

<sup>100</sup> Informe del Grupo Especial, as. *CE-Amianto*, par. 8.118.

<sup>101</sup> Informe del Órgano de Apelación, as. *CE-Amianto*, par. 113 e Informe del Grupo Especial, as. *Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados* (Doc. DS332 de 12 de junio de 2007), par. 7.415 (en adelante, as. *Brasil-Neumáticos recauchutados*).

<sup>102</sup> R. VOSSENAAR & V. JHA, “PPMs and developing countries”, en OCDE (ed.), *Trade and Environment: Processes and Production Methods*, París, 1994, págs. 137-147.

<sup>103</sup> F. SINDICO, *op. cit.* (*vid. supra*, nota 19).

cambio climático. Se trata de las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de personas, animales y plantas –apartado (b) del artículo XX –o las medidas relativas a la conservación de recursos naturales– apartado (g) del artículo XX.

Para poder ser objeto de excepción, no obstante, no basta con que puedan subsumirse en un supuesto recogido en el artículo XX –que es un lista *numerus clausus*–, sino que deberán cumplir los requisitos del apartado correspondiente y los comunes recogidos en la parte introductoria del artículo XX o *chapeau*<sup>104</sup>. Veamos en qué consisten estos requisitos.

A) Los apartados ambientales del artículo XX: la protección de la vida y la salud y la conservación de los recursos naturales agotables

En el caso de la excepción del apartado (b) del artículo XX, la medida comercial deberá ser necesaria para proteger la vida y la salud de las personas, animales y plantas. Una reglamentación adoptada para luchar contra el cambio climático no tendría mayores problemas para subsumirse en este supuesto ya que existen ya varios informes científicos que han demostrado los efectos nocivos del calentamiento global para la salud y la vida de personas animales y plantas<sup>105</sup>. La jurisprudencia GATT/OMC, además, ha evolucionado en relación con la aplicación del test de necesidad, de un test de medida menos restrictiva que hacía muy difícil justificar cualquier restricción al comercio<sup>106</sup> a un test menos exigente<sup>107</sup>. De acuerdo con la última jurisprudencia una medida será necesaria si contribuye a resolver el problema<sup>108</sup> y de existir medidas alternativas menos restrictivas, éstas han de ser adecuadas también para la consecución del fin perseguido<sup>109</sup>,

<sup>104</sup> La necesidad de este doble estudio queda patente en la “jurisprudencia” de la OMC en materia de comercio y medio ambiente; *vid.* los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *EE.UU.-Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (Doc. WT/DS2/AB/R de 29 de abril de 1996), sec. IV (en adelante, *EE.UU.-Gasolina*) y *EE.UU.-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (Doc. WT/DS58/AB/R de 12 de octubre de 1998), pars. 119-120 (en adelante, *EE.UU.-Camarones*).

<sup>105</sup> Cuarto informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés): Resumen para responsables de políticas de 2007, pág. 9 y Cambio Climático 2007: Informe de Síntesis, pág. 48. Una traducción no oficial al español del cuarto informe del IPCC puede consultarse en la página del Ministerio de Medio Ambiente español: [http://www.mma.es/portal/secciones/cambio\\_climatico/areas\\_tematicas/impactos\\_cc/inf\\_eval\\_ipcc.htm](http://www.mma.es/portal/secciones/cambio_climatico/areas_tematicas/impactos_cc/inf_eval_ipcc.htm)

<sup>106</sup> Informe del Grupo Especial en el asunto *EE.UU.-Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, adoptado el 7 de noviembre de 1989 (Doc. IBDD 36S/402), par. 5.26; y el informe del Grupo Especial en el asunto *Tailandia-Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, adoptado el 7 de noviembre de 1990 (Doc. IBDD 37S/222), par. 75.

<sup>107</sup> Informe del Órgano de Apelación, as. *Corea-Carne Vacuna*, par. 164.

<sup>108</sup> Informe del Órgano de Apelación, as. *Brasil-Neumáticos recauchutados* (Doc. DS332 de 3 de diciembre de 2007), par. 210.

<sup>109</sup> *Id.*, par. 156.

lo que no siempre es fácil de probar por el país que se opone a la medida ambiental.

Una medida sobre ajuste en frontera puede ser necesaria para prevenir que las empresas se reubiquen en países con una legislación ambiental más laxa, y de esta forma, evitar el incremento de la emisión de gases de efecto invernadero que podría incrementar considerablemente los riesgos para la vida y la salud humana, animal y vegetal. Otra cuestión es si cabe probar la existencia de medidas alternativas que alcancen también este objetivo pero que supongan un menor obstáculo para el comercio.

En cuanto al otro supuesto medioambiental, el apartado (g) del artículo XX, la medida tendrá que ser relativa a la conservación de un recurso natural agotable. El requisito requerido en este caso es menos exigente pues simplemente consiste en verificar si la medida es adecuada para dicho fin<sup>110</sup>. Lo complicado, tal vez, sea probar que efectivamente los recursos naturales que se pretenden salvaguardar son “agotables”. En el caso del calentamiento global son tantos los recursos vivos y no vivos que se encuentran en peligro que no sería difícil probar la adecuación de una medida que pretenda luchar contra este fenómeno. Por un lado, el peligro existente para los seres vivos puede afirmarse actualmente por los altos niveles de gases de efecto invernadero en la atmósfera<sup>111</sup>. Por otro lado, en relación con los recursos no vivos, está asentado en la “jurisprudencia” GATT/OMC que las medidas adoptadas para reducir el uso de materias fósiles agotables –como el petróleo o el carbón– encuentran cabida en este apartado del artículo XX GATT<sup>112</sup>.

Un país en desarrollo no debería perder el tiempo objetando los requisitos de los supuestos ambientales del artículo XX puesto que el estado de la ciencia actual justifica la adopción de medidas para luchar contra el cambio climático. La estrategia a seguir por un país que desee oponerse a las medidas de los países industrializados por motivos del cambio climático debería dirigirse a probar que no cumple las condiciones del preámbulo del artículo XX GATT.

<sup>110</sup> Informe del Órgano de Apelación, as. *EE.UU.-Camarones*, par. 141.

<sup>111</sup> Además, la misma “jurisprudencia” de la OMC ha aceptado el “aire puro” como “recurso natural agotable” (*vid.* los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el as. *EE.UU.-Gasolina*, par. 6.37 y pág. 14, respectivamente).

Partiendo de esta constatación tanto C. VOIGT (“WTO Law and International Emissions Trading: Is there Potential for Conflict?” *Carbon and Climate Law Review*, vol. 1, n. 2, 2008, pág. 61) como J. WIERS (*Trade and Environment in the EC and in the WTO. A Legal Analysis*, Gronigen, Europa Law Publishing, 2002, pág. 239) consideran que las medidas sobre cambio climático son relativas a la conservación de recursos naturales agotables.

<sup>112</sup> *Vid.*, por ejemplo, el informe del Grupo Especial en asunto *EE.UU.-Impuestos aplicados a los automóviles*, no adoptado y distribuido el 11 de octubre de 1994 (Doc. DS31/R), par. 5.57.

B) Los requisitos del preámbulo del artículo XX: la aplicación no discriminatoria y proteccionista

En virtud del *chapeau* del artículo XX, la medida comercial ha de cumplir dos requisitos: (i) no debe aplicarse de forma que se de una discriminación arbitraria o injustificada entre Estados que se encuentran en las mismas condiciones; y (ii) que no constituya una protección encubierta.

La “jurisprudencia” GATT/OMC ha establecido una serie de criterios en relación con el primer requisito que han de cumplir las medidas unilaterales relativas a los PPM para que puedan ser excepcionadas con éxito a la luz del preámbulo. Estas medidas deberán adoptarse en último lugar y su aplicación deberá ser lo suficientemente flexible. Vayamos por partes.

En primer lugar, la adopción de una medida restrictiva del comercio de forma unilateral ha de ser el último recurso después de que se hayan llevado a cabo esfuerzos serios de negociación con el país que pueda verse afectado por la medida<sup>113</sup>. El sistema de comercio de la OMC sólo permite las medidas unilaterales cuando las negociaciones multilaterales o bilaterales hayan fracasado. De esta manera, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) intenta favorecer al máximo las soluciones multilaterales y se dejan las unilaterales como la última opción posible, aunque no son ilegales *per se*. Se impone, por tanto una obligación de cooperar con el país o países afectados, pero la “jurisprudencia” ha aclarado que los esfuerzos diplomáticos entre dos Estados para solventar un problema medioambiental no deben conducir necesariamente a la conclusión de un acuerdo, sino que es suficiente demostrar que las negociaciones se iniciaron y que se llevaron a cabo de buena fe y de forma continuada<sup>114</sup>. De otra forma, significaría un veto absoluto a las medidas unilaterales y constituiría un premio al Estado que se opone a la conclusión del tratado.

Las medidas comerciales estadounidenses y comunitarias anteriormente referidas podrían cumplir con este requisito, al menos desde un punto de vista formal. La Ley de 2008 estadounidense determina claramente que las negociaciones internacionales son preferibles a las medidas comerciales unilaterales y reafirma el compromiso de Estados Unidos con la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático<sup>115</sup>. Por su parte, las medidas comunitarias sólo se adoptarán, y así se ha especificado claramente por la Comisión, si fracasan las negociaciones internacionales

<sup>113</sup> Informe del Órgano de Apelación, as. *EE.UU.-Camarones*, par. 172. Sobre el requisito de la negociación previa, *vid.* K.J. Ni, “Redefinition and Elaboration of an Obligation to Pursue International Negotiations for Solving Global Environmental Problems in Light of the WTO Shrimp/Turtle Compliance Adjudication Between Malaysia and the United States”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 14, n. 1, 2005, págs. 111-140.

<sup>114</sup> Informe del Grupo Especial en el asunto *EE.UU.-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón-Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21* – (Doc. DS58/RW de 15 de junio de 2001), pars. 5.66 y 5.67.

<sup>115</sup> ACSA, 2008, sec. 1303 (a) y (b).

sobre el clima<sup>116</sup>. Además, la Comunidad Europea puede hacer referencia a su participación, e incluso liderazgo, en las negociaciones internacionales sobre el clima para probar que ha llevado a cabo esfuerzos serios de negociación para cumplir esta obligación.

Otro de los criterios importantes establecido por la jurisprudencia GATT/OMC para que una medida pueda cumplir los requisitos del preámbulo es que ésta sea lo suficientemente flexible<sup>117</sup>. Una medida comercial cumplirá con este requisito cuando se tengan en cuenta las políticas de otros países que lleven al mismo o similar objetivo que las medidas nacionales, sin que hayan de ser idénticas a éstas últimas.

Según parece, el legislador estadounidense tuvo muy en cuenta las condiciones establecidas por el OSD en su “jurisprudencia”. La versión de 2007 contaba con cierta flexibilidad al permitir que se tuviese en cuenta el diferente nivel de desarrollo del país importador<sup>118</sup>. El ACSA 2008 eliminó toda mención al grado de desarrollo del país importador; sin embargo, mantiene algo de flexibilidad al no exigir que los Estados importadores hayan de adoptar la misma política sobre el clima que Estados Unidos, sino una comparable<sup>119</sup>. Será determinante, por tanto, cómo se establece si un país cuenta con una política comparable. En el caso comunitario todavía carecemos de información al respecto, pero no así tratándose de Estados Unidos.

La medida estadounidense afirma que cualquier medida sobre el clima de terceros países se considerará comparable a la estadounidense si contribuye a alcanzar reducciones similares<sup>120</sup>. Ahora bien, la dificultad reside en establecer cuándo un Estado ha alcanzado resultados con efectos comparables a los conseguidos por Estados Unidos. De acuerdo con la ACSA de 2008 el efecto comparable se verifica sobre la base de un nivel de emisiones consistente en el total anual de emisiones de gases de efecto invernadero atribuido a la categoría de bienes afectados de terceros Estados en un periodo de tiempo determinado<sup>121</sup>. Ello teniendo en cuenta la toda información relevante disponible<sup>122</sup>.

Atendiendo a estos criterios podría achacarse que la medida no es lo suficientemente flexible porque no prevé la posibilidad de que el país extranjero pueda proporcionar la información relevante y necesaria para

<sup>116</sup> *Vid. supra*, epígrafe II.4 C).

<sup>117</sup> Informe del Órgano de Apelación, as. *EE.UU.-Camarones*, pars. 173-175.

<sup>118</sup> ACSA 2007, sec. 6001 (2).

<sup>119</sup> ACSA 2008, sec 1301 (4) (b)(i).

<sup>120</sup> ACSA 2008, sec. 1301 (4) (A).

<sup>121</sup> *Id.*, sec. 1301 (1). En el original: “*the total annual greenhouse gas emissions attributed to the category of the covered good of the foreign country...*”.

<sup>122</sup> *Id.* sec. 1301 (2). En el original: “*all relevant data available that are available for a particular period; and to the extent necessary economic and engineering models; best available information on technology performance levels; and any other useful measure or technique for estimating the emissions from emission activities*”.

verificar las emisiones de gases invernadero atribuidas a un sector determinado del país importador.

El requisito de flexibilidad también puede ser relevante una vez que se haya decidido que el Estado en cuestión no dispone de una política comparable en materia de cambio climático y deban adquirir derechos de emisión para acceder al mercado estadounidense. Ello si la fórmula para calcular el número de derechos de emisión requeridos no es del todo clara o constituye una aplicación inflexible que no se adapta a las necesidades de cada Estado<sup>123</sup>. Estas cuestiones podrán ser examinadas por el OSD en el marco de una diferencia comercial.

Aun así, algunos autores consideran que las medidas comerciales para el cambio climático, como la que se prevé en la ley estadounidense, podrían ser compatibles a la normativa de la OMC si se presta atención a cómo son aplicadas<sup>124</sup>. Cuestiones como notificar previamente sobre la adopción de la medida a los socios comerciales que se puedan ver afectados por ella, otorgar cierto nivel de flexibilidad, en particular hacia los países en desarrollo, pueden ayudar a que la medida, aun introduciendo un obstáculo al comercio, puede beneficiarse de una excepción del artículo XX GATT.

Por último, en virtud del segundo requisito del preámbulo, se debe observar también el diseño y la arquitectura de una medida para comprobar si la medida comercial constituye una restricción encubierta al comercio internacional<sup>125</sup>. Un examen de estas cuestiones podrá revelar si la naturaleza proteccionista subyace al objetivo de protección ambiental. Aunque las medidas comerciales estadounidenses y comunitarias controvertidas tienen por objetivo mitigar el cambio climático, éste puede constituir un encubrimiento de su verdadero fin, la protección de la producción nacional.

<sup>123</sup> Entre los elementos de la fórmula utilizada en la ACSA de 2008 para calcular la cantidad total de derechos de emisión se encuentran el índice de la intensidad de gases de efecto invernadero utilizados en la elaboración de los productos nacionales (sec. 1606 [d] [3]), el factor de ajuste de los derechos de emisión en relación con los bienes elaborados en un país determinado (sec. 1606 [d] [4]), y el índice de ajuste económico (sec. 1606 [d] [5]). Los dos primeros elementos parecen criterios objetivos, no así el tercero que es de carácter subjetivo y puede plantear problemas con la normativa OMC. El principal problema que plantea esta fórmula es calcular correctamente la medida de emisiones directas e indirectas atribuidas a un producto específico de un país determinado, sobre todo cuando no se cuenta con información al respecto, ya sea por la dificultad de hacerse con ella o porque el Estado en cuestión no quiera suministrarla. Tampoco queda claro en la ACSA si la medida será del producto en cuestión (*per-unit basis*) o respecto del sector industrial del cual procede dicho bien.

<sup>124</sup> B. G. JANZEN, *op. cit.* (vid. *supra* nota 90), pág. 24; R. MORGENSTERN, "Addressing Competitiveness Concerns in the Context of a Mandatory Policy for Reducing U.S. Greenhouse Gas Emissions", en *Assessing U.S. Climate Policy Options: A Report summarizing work at RFF as part of the inter-industry, U.S. Climate Policy Forum*, Resources for the Future, November 2007, pág. 116 y J. PAUWELYN, *op. cit.* (vid. *supra* nota 90), pág. 41

<sup>125</sup> Informe del Grupo Especial, as. *CE-Amianto*, par. 8.236 (Doc. WT/DS135/R de 18 de septiembre de 2000).

Por este motivo, los Estados que adoptan este tipo de medidas deberán hacer especial hincapié en su objetivo ambiental, es decir que se trata de prevenir el fenómeno de la “fuga de carbono”.

Por un lado, la Ley estadounidense de 2008 establece que los acuerdos multilaterales y bilaterales que se negocien con terceros Estados tienen que tener una motivación ambiental (es decir, la reducción de los gases de efecto invernadero)<sup>126</sup>. Con ello se deja claro que, de adoptarse una medida unilateral en ausencia de un acuerdo internacional, ésta no estaría dirigida sólo a solventar los problemas de competitividad de la industria estadounidense, sino que también tendría por finalidad la consecución de ciertos objetivos ambientales.

Por otro lado, en la regulación comunitaria la lucha contra la pérdida de competitividad aparenta ser el *leit motiv* del paquete de medidas comunitarias para la lucha contra el cambio climático. La Comisión afirma que “[l]os costes derivados del cambio y las repercusiones globales en la competitividad, el empleo y la cohesión social de la Unión Europea deben tenerse muy presentes al elaborar la estructura apropiada”<sup>127</sup>. Uno podría llevarse la impresión errónea de que a la Comunidad Europea le interesa configurar un régimen sobre el clima que sólo tome en consideración la parte económica del problema. Efectivamente, cuando se enfatiza las implicaciones sobre la competitividad frente al problema de la “fuga de carbono”, parece que se da preferencia a las consideraciones comerciales o económicas frente a las ambientales. No obstante, las preocupaciones ambientales también se encuentran presentes en las propuestas de la Comisión. La lucha contra la “fuga de emisiones”, en definitiva, no debería consistir en una mera cuestión de garantizar la competitividad de las empresas comunitarias, sino de conseguir el objetivo ambiental de reducir las emisiones de gas invernadero. Enfatizar, por tanto, las preocupaciones sobre la falta de competitividad dificultaría la posibilidad de excepcionar las medidas comerciales bajo el artículo XX GATT.

#### 4. *La posibilidad de invocar normas internacionales del medio ambiente: el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas*

Además de la compatibilidad con las normas comerciales internacionales, como ya advertimos, también cabe cuestionar si las medidas comerciales propuestas para mitigar el cambio climático se acompañan con las obligaciones internacionales recogidas en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC). En particular, plantea problemas de compatibilidad con el principio de responsabilidades

<sup>126</sup> *Id.*, sec. 1303 (b) (2) (A).

<sup>127</sup> Comunicación de la Comisión de 2008, pág. 5 (*vid. supra*, nota 67).

comunes pero diferenciadas por cuanto impone condiciones comerciales más onerosas sobre los países en desarrollo<sup>128</sup>.

El país en desarrollo podría esgrimir que la Comunidad Europea y Estados Unidos se encuentran obligados por el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, lo que no se cumple si la medida comercial para la lucha contra el cambio climático, en realidad lo que hace es imponer una carga mayor sobre los países en desarrollo para que puedan acceder al mercado del país industrializado. También supondría obligar a los países en desarrollo a asumir compromisos más exigentes que los que se establecen en la CMNUCC o en el Protocolo de Kyoto, es decir la medida unilateral sería más onerosa para el país en desarrollo que la convenida a nivel multilateral.

El problema es que los Estados miembros de la OMC no pueden acudir al OSD para que resuelva una controversia alegando la vulneración de otras normas que no sean las contenidas en los acuerdos abarcados. Ni el Órgano de apelación ni los grupos especiales tienen competencia para conocer una diferencia de este tipo<sup>129</sup>. Otra cosa es que pueda tener en cuenta derecho ajeno al de la OMC para interpretar o aclarar una vulneración de las normas comerciales de la OMC<sup>130</sup>.

Una vez haya identificado la parte reclamante la disposición de la OMC que haya podido ser vulnerada por la medida de ajuste en frontera, puede solicitar al grupo especial que la interprete a la luz de otras obligaciones internacionales que le sean oponibles a las partes. De hecho, en virtud del artículo 31.3 (c) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un tratado deberá interpretarse teniendo en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”<sup>131</sup>.

En este sentido, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas recogido en el régimen internacional sobre comercio puede servir para verificar si la medida comercial para la lucha contra el cambio climático es lo suficientemente flexible para cumplir los requisitos del preámbulo

<sup>128</sup> *Vid. supra*, epígrafe III.1.

<sup>129</sup> Art. 1.1 Entendimiento de Solución de Diferencias.

La “jurisprudencia” ha mantenido una interpretación estricta de esta disposición que excluye de la jurisdicción del OSD la consideración de otras normas que no sean las comerciales. *Vid.*, por ejemplo, informe del Órgano de Apelación, as. *CE-Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas* (Doc. DS69 de 13 de julio de 1998), par. 79.

<sup>130</sup> Sobre este particular, *vid. R. FERNÁNDEZ EGEA, op. cit.*, págs. 309 y ss. (*vid. supra*, nota 95).

<sup>131</sup> Esta referencia en la CVDT a la interpretación de los tratados teniendo en cuenta otras normas de Derecho internacional ha dado pie al desarrollo del principio de integración sistémica para resolver los conflictos de normas internacionales. Sobre este particular, *vid. C. MCLACHLAN*, “The principle of systemic integration and Article 31(3) (C) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n.2, 2005, págs. 279-319 y *J. KLABBERS*, “Reluctant Grundnormen: Articles 31(3)(C) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law”, en *M. CRAVEN et al* (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Brill, 2007, págs. 141-161.

del artículo XX. También para demostrar que la medida no cuenta con la suficiente cobertura internacional.

Ello no debe verse como una interferencia indeseada de elementos ajenos al derecho de la OMC en el sistema de solución de controversias comerciales. Más bien al contrario, en este caso serviría para confirmar que una reglamentación nacional contraria a importantes reglas del sistema multilateral de comercio no debe ser excepcionada por cuanto resulta ser también incompatible con principios del Derecho internacional ambiental. Una aproximación de esta clase estaría acorde con el estudio desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional sobre fragmentación del Derecho internacional<sup>132</sup>, según la cual el régimen internacional de comercio no ha de verse como un régimen auto contenido<sup>133</sup>.

Sin embargo, la “jurisprudencia” GATT/OMC no ha sido muy entusiasta a la hora de considerar Derecho ajeno al de la OMC por motivos interpretativos cuando una parte de la controversia no es a su vez parte en el acuerdo multilateral sobre medio ambiente en el que se encuentre el principio ambiental concernido. Así, podría pensarse que el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas podría correr la misma suerte que el principio de precaución, que ha sido descartado en ocasiones reiteradas por la “jurisprudencia”<sup>134</sup>.

No obstante, en el supuesto que analizamos aquí –la consideración del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas– se diferencia de el del principio de precaución en un punto fundamental y es que mientras que el primero sirve para confirmar la vulneración de una norma comercial, es decir, para apoyar los intereses comerciales, el primero reforzaba la posibilidad de excepcionar una restricción al comercio. Existen precedentes de la consideración de principios ambientales adoptados por la “jurisprudencia” con el propósito de endurecer los requisitos que han de cumplir las medidas ambientales restrictivas del comercio. La necesidad de una cooperación previa es buen ejemplo de ello. Ahora bien, también es cierto que si el OSD admite la consideración del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en este caso, sería muy difícil de negar su consideración en

<sup>132</sup> Vid. el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, de 13 de abril de 2006, Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho *internacional*. (A/CN.4/L.682), 58º periodo de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, pars. 462-472; disponible en: [http://untreaty.un.org/ilc/guide/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm)

<sup>133</sup> Sobre los regímenes auto-contenidos o “*self-contained*”, vid. *id.* pars. 123 y ss.; vid. también B. SIMMA, “Self-contained regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, págs. 111-136; and A. LINDROOS & M. MEHLING, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, págs. 857-877.

<sup>134</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE-Medias que afectan a la carne y los productos cárnicos* (Doc. DS26 y DS48 de 13 de febrero de 1998), par. 124 e informe del Grupo Especial, *CE-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (Doc. DS291, DS292 y DS293, de 29 de septiembre de 2006), pars. 7.74-7.75 y 7.92-7.93.

otras controversias, en las que se invoque para apoyar la excepción de las medidas que imponen obstáculos al comercio para salvaguardar el medio ambiente. Por consiguiente, lo más probable es que el OSD intente resolver la controversia sin tener que hacer uso de principios ajenos al Derecho de la OMC, sobre todo cuando éstos pueden volverse en su contra.

En otro orden de cosas, podríamos preguntarnos si país en desarrollo afectado debería o no reclamar este tipo de medidas ante la OMC. Estados Unidos y la Comunidad Europea han configurado sus medidas de forma que puedan tener argumentos a su favor en el caso de una diferencia comercial. Como hemos comprobado, el sistema OMC otorga algún resquicio para salvar este tipo de medidas, por lo que tal vez no sea una buena estrategia enfrentarse a estas potencias comerciales. Además, también ha de tenerse en cuenta que de “perder” el caso, Estados Unidos o la Comunidad Europea no han de cambiar su legislación necesariamente si están dispuestos a soportar las represalias comerciales que el país ganador puede adoptar legítimamente frente al infractor hasta que se decida modificar su legislación de acuerdo con la recomendación del Órgano de Solución de Diferencias<sup>135</sup>. Ello dependerá de la capacidad que tenga el país en desarrollo de presionar a estas potencias mediante restricciones al comercio.

Los países que se vean en esta tesitura serán muy probablemente países en desarrollo pero con cierto peso por cuanto cuentan con una industria que implica grandes emisiones de gases de efecto invernadero. No obstante, dado que las negociaciones tanto en el foro ambiental como en el comercial no se encuentran en su mejor momento<sup>136</sup>. La existencia de controversias de este tipo no ayudaría a suavizar el clima político internacional. Al contrario, llevaría a una situación más tensa con resultados contra-productivos desde un punto de vista económico y ambiental.

#### IV. CONCLUSIONES

Las preocupaciones sobre la pérdida de competitividad de las empresas de los Estados industrializados y la “fuga de carbono” a países con estándares sobre ambientales laxos que ha originado por las regulaciones sobre el cambio climático ha llevado a Estados Unidos y a la Comunidad Europea a proyectar políticas que eviten estos fenómenos. Las medidas propuestas se basan en uno de los instrumentos instaurados por el Protocolo de Kyoto, el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Dichas propuestas se articulan sobre dos tipos de medidas que operan paralelamente. La primera de ellas consiste en otorgar derechos de emisión

<sup>135</sup> Art. 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC

<sup>136</sup> *Vid.* las crónicas sobre comercio internacional y derecho internacional del medio ambiente publicadas en la *Revista Electrónica de Estudios Internacional* ([www.reei.org](http://www.reei.org)).

gratuitos a aquellas instalaciones o empresas de sectores de gran consumo energético que no puedan repercutir el coste de la compra de tales derechos, situándose en una posición desventajosa frente a los importadores. La segunda es la exigencia de que los importadores de productos que requieren un uso energético intensivo adquieran derechos de emisión para que sus mercancías puedan acceder los mercados estadounidense y comunitario. Ello cuando sean originarios de países con políticas energéticas laxas y menos eficientes, aunque tampoco se descarta penalizar también las importaciones de países que no deseen participar en los esfuerzos multilaterales para la lucha contra el cambio climático. Estas medidas plantean problemas de compatibilidad con la legalidad comercial y ambiental internacional.

Efectivamente, las medidas concernidas otorgan condiciones comerciales menos beneficiosas para los productos importados respecto de los nacionales “similares”, contraviniendo la prohibición de discriminación y proteccionismo asentada en los artículos I y III del GATT. Aunque quepa alegar alguna de los supuestos ambientales recogidas en el artículo XX del GATT, la medida controvertida sólo podrá objeto de excepción si se aplica de forma flexible –teniendo en cuenta las circunstancias de los países importadores–, si se adoptó como último recurso –una vez agotados serios intentos negociadores– y que no tenga como fin primordial el de proteger la producción nacional, sino la de mitigar el cambio climático.

Además, las medidas comerciales adoptadas por Estados Unidos y por la Comunidad Europea plantean igualmente problemas de compatibilidad con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas consagradas en la CMNUCC, lo que puede arriesgar la posibilidad de ser excepcionadas en virtud del artículo XX del GATT. De hecho, se teme que puedan constituir una forma de imposición indirecta de las políticas sobre el clima que han de adoptar los países importadores, en su mayoría países en desarrollo. Con ello se trataría de imponer por la vía unilateral lo que no se ha podido lograr en el plano internacional.

No obstante, es cuestionable que la resolución de una controversia de este tipo en el marco de la OMC no conlleve mayores tensiones entre los países y a resultados contra-productivos tanto desde el punto de vista comercial como ambiental. Las soluciones de los problemas de competitividad y de “fuga de carbono” han de buscarse en los foros internacionales de negociación. Para ello, no obstante, es importante que los Estados superen el *impasse* existente en los foros ambientales y comerciales y coordinen sus actuaciones. En diciembre de 2009 en Copenhague se celebrará una reunión de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC para llegar a un acuerdo sobre un texto que permita extender las obligaciones sobre cambio climático del Protocolo de Kyoto, una vez concluya su periodo de aplicación. Esta ocasión se presenta, por tanto, como una oportunidad excepcional para que los Estados lleven a cabo los esfuerzos anteriormente referidos.

En el caso de que las soluciones multilaterales fallasen o tardasen en llegar, los países industrializados no deberían resolver los problemas de

falta de competitividad y “fuga de carbono” mediante la imposición de sus estándares ambientales a los países en desarrollo, en contravención de las reglas comerciales internacionales y, particularmente, del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. La mitigación del cambio climático requiere un cambio en los patrones actuales de producción y de consumo hacia una producción sostenible basada en fuentes de energía renovables y un consumo responsable. Sin perjuicio de que los Estados con economías emergentes deban aceptar más obligaciones que las que tienen actualmente en este ámbito, debido a su responsabilidad histórica en el calentamiento global, las grandes potencias deberán soportar el peso de dichos cambios y asumir un liderazgo “ejemplificador” en la aplicación de sus políticas ambientales y comerciales.

#### RESUMEN:

La aplicación de la regulación sobre cambio climático supone una pérdida de competitividad para las empresas nacionales frente a aquellas que producen en países que no cuentan con estándares altos de protección del clima. Ello puede llevar, además, a que las empresas reubiquen su producción precisamente en los países más tolerantes con las emisiones de gases de efecto invernadero, lo que se conoce como la “fuga de carbono”. Para hacer frente a estos dos problemas, Estados Unidos y la Unión Europea han comenzado a configurar medidas que permitan solventar los problemas de competitividad y la “fuga de carbono”. Las medidas comerciales ideadas, no obstante, se aplicarán en perjuicio de los países en desarrollo que podrán encontrar en las normas del sistema multilateral de comercio y en el principio de Derecho internacional ambiental de las responsabilidades comunes pero diferenciadas argumentos para ponerles freno.

**Palabras clave:** *Cambio climático - Comercio de emisiones de gases de efecto invernadero - Comercio internacional - Competitividad - Regulación estadounidense sobre el cambio climático - Fuga de carbono - Organización Mundial del Comercio - Países en desarrollo - Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas - Regulación europea sobre el cambio climático.*

#### ABSTRACT:

The implementation of climate regulation implies a loss of competitiveness for domestic companies against those located in countries with lower climate standards. This may also lead to the relocation of domestic companies to countries with less stringent rules on greenhouse gas emissions. This phenomenon is usually called “carbon leakage”. The United States of America and the European Union have started to design measures in order to tackle these two problems: loss of competitiveness and carbon leakage. The planned measures can have a negative trade effect for developing countries. These trade measures could be challenged by the affected country under the norms of the multilateral trading system and through the application of the international environmental law principle of the common but differentiated responsibilities.

**Key words:** *Carbon leakage - Climate change - Competitiveness - Developing countries - EU Regulation on Climate Change - Greenhouse gas emissions trading - International trade - Principle of common but differentiated responsibilities - USA Regulation on Climate Change - World Trade Organization -*