



Comercio para un

# DESARROLLO SOSTENIBLE

Organización Mundial del Comercio y  
Transformación Económica en Colombia



Universidad de  
los Andes

Facultad  
de Derecho



WTO OMC



PROGRAMA  
DE CÁTEDRAS  
OMC



Organización Mundial del Comercio y  
Transformación Económica en Colombia:

# Comercio para un Desarrollo Sostenible





Facultad  
de Derecho

Vigilada Mineducación. Reconocimiento como  
Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de  
1964. Reconocimiento personería jurídica: Resolu-  
ción 28 del 23 de febrero de 1949

# Índice

---

## RESUMEN EJECUTIVO

I. Seguridad y soberanía alimentaria	11
A. Seguridad alimentaria	12
B. Soberanía alimentaria	13
C. Relación entre Seguridad Alimentaria y la Organización Mundial del Comercio	14
i. GATT	
ii. Acuerdo MSF	
iii. Acuerdo OTC	
iv. Acuerdo sobre Agricultura - AoA	
D. Seguridad alimentaria en contexto	17
i. Panorama global	
ii. Panorama Colombiano	
E. Recomendaciones	21
II. Política Industrial	22
A. Subsidios	24
i. Recomendaciones	
B. Medidas de contenido mínimo nacional	27
ii. Recomendaciones:	
C. Empresas públicas	28
iii. Recomendaciones	
D. Política industrial y acuerdos regionales de libre comercio	30
iv. Recomendaciones:	
III. Derecho de la OMC y protección de la salud: Etiquetado de alimentos y productos de tabaco	33
A. El derecho de la OMC no es un obstáculo para el etiquetado frontal de alimentos y bebidas.	33
i. Etiquetado frontal y regulación de obstáculos técnicos al comercio en la OMC	

ii. Los requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos según la normativa de la OMC	
a. No discriminación	
b. No restringir el comercio más de lo necesario:	
B. Transparencia	38
C. Los TLC	39
i. Transparencia reforzada: Participación de “personas”	
ii. Recomendaciones relacionadas con transparencia:	
D. El Codex Alimentarius	40
i. Recomendaciones respecto al Codex Alimentarius:	
E. El derecho de la OMC no es un obstáculo para el etiquetado neutro de tabaco	41
i. Empaquetado genérico y regulación de obstáculos técnicos al comercio en la OMC	
ii. Recomendaciones	
F. Objeciones al empaquetado genérico de tabaco y el Acuerdo sobre los ADPIC	45
i. El artículo 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC	
ii. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC	
iii. El artículo 15.4 del Acuerdo sobre los ADPIC	
iv. Recomendaciones	
IV. Transición energética	51
A. Transición energética	52
B. Comercio internacional: Acuerdos de la OMC	56
i. Prohibición general a las restricciones cuantitativas: artículo XI del GATT	
ii. Trato nacional: artículo III del GATT	
iii. Subvenciones prohibidas: artículo 3 del Acuerdo SMC	
C. Recomendaciones	61
V. Recomendaciones	63
A. Para el Gobierno Nacional	
B. Para la Misión de Colombia en la OMC	

---

El presente documento fue desarrollado por René Urueña, Izabella Vergara-Arenas y Rafael Tamayo-Álvarez en el marco del Programa Cátedras OMC, un programa de la Organización Mundial del Comercio para promover el conocimiento del sistema multilateral de comercio entre académicos, formuladores de política pública y la sociedad civil. René Urueña es profesor de derecho internacional económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y detenta la Cátedra OMC 2022-2024. Izabella Vergara-Arenas es abogada y estudiante de la maestría en derecho internacional de la Universidad de los Andes. Rafael Tamayo-Álvarez es profesor de derecho internacional en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Los autores agradecen el apoyo de la División de Gestión del Conocimiento y de la Información de la OMC, en particular de Werner Zdoouc, Andreas Sennekamp y Sandra Rossier.

# Resumen Ejecutivo

Este documento analiza la interacción entre el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y asuntos centrales para la agenda global y, particularmente, en la agenda colombiana; (i) la seguridad y soberanía alimentaria en el contexto global y nacional, (ii) la política industrial, (iii) la protección a la salud, en particular desde el etiquetado de los alimentos y el tabaco y, finalmente, (iv) se abordan discusiones en relación con la transición energética que hoy, dada la severidad de las crisis ambientales ha llevado a situar este como uno de los puntos más críticos para la subsistencia de los seres humanos y el planeta.

En relación con la seguridad alimentaria, el documento propone un diálogo entre este concepto y el de soberanía alimentaria. Parte de sus diferencias radica en los actores y en las implicaciones de una y otra, pues mientras que la seguridad alimentaria busca esencialmente la disponibilidad de la comida, la soberanía alimentaria lucha por la independencia con respecto a los sistemas de producción externos y se preocupa por la forma en la que se obtienen los alimentos. Así, se concluye que las discusiones de la agenda global actual exigen que los Estados, más que centrarse en garantizar únicamente la seguridad alimentaria de sus ciudadanos, en realidad deben privilegiar alternativas tendientes al aumento de su soberanía alimentaria, pues las crisis ambientales, energéticas y sociales afectan las cadenas de suministro a tal punto que gran parte de la población, específicamente de los países en desarrollo o menos desarrollados, sufre problemas asociados con la desnutrición y el hambre. Desde esta perspectiva en el documento se exploran algunas de las consecuencias de la reciente crisis entre Ucrania y Rusia y los desafíos de Colombia para lograr la garantía de la soberanía alimentaria.

El derecho a la alimentación y al etiquetado nutricional y alimentario tiene un lugar central en las discusiones de la aplicación de la legislación de la OMC en Colombia, pues, por un lado, las normas contenidas en los Acuerdos OTC y MSF, así como todas las normas comerciales regionales en América Latina han sido interpretadas por la industria y por algunos funcionarios gubernamentales como un límite a la adopción del etiquetado nutricional. Igualmente, las organizaciones de la sociedad civil han recalcado que tales límites no son tan estrictos.

Por otro lado, la política industrial se discute en relación con cuatro puntos críticos relacionados con la OMC: los subsidios, las medidas de contenido mínimo nacional, el rol de las empresas públicas y la política industrial y los acuerdos regionales de libre comercio. Al respecto, se analiza la posibilidad de que la regulación de subsidios, de acuerdo con el derecho de la OMC, limite el desarrollo de una política industrial en Colombia. Esta limitación se puede manifestar en que Colombia se vea enfrentada a eventuales litigios ante el Órgano de Solución de Controversias o ante medidas compensatorias impuestas por otros Estados miembro.

En cuanto a las medidas de contenido nacional, cuya vocación es obligar a los productores extranjeros a obtener un porcentaje de insumos de proveedores locales, se determinó que estas normalmente son consideradas lícitas en los casos en que se diseñan como medidas horizontales o cuando se trata de contrataciones públicas que no encajen en la definición de subsidio y que cumplan con los requisitos establecidos en los casos del Órgano de Solución de Controversias de la OMC. De la misma manera, disciplinas de la OMC respecto de las empresas públicas son, en general, flexibles y se refieren a deberes de notificación y transparencia de las políticas y operaciones. Esto pone en el centro el rol del Gobierno Nacional, el cual debe buscar que las empresas estatales no utilicen sus poderes para actuar de forma incompatible con los principios de la OMC y que sus actividades se basen en consideraciones comerciales, en el que sus privilegios no sean utilizados para crear un campo de juego inequitativo o de condiciones anticompetitivas. De todas las políticas industriales, el uso de empresas públicas es la que disfruta de mayor espacio regulatorio por parte de la OMC.

Ahora bien, frente a la protección a la salud en el contexto del etiquetado de alimentos y tabaco, se aclara que el comercio internacional no puede entenderse como un obstáculo técnico al comercio, al igual que las medidas de etiquetado neutro de tabaco. Por lo anterior, el etiquetado frontal debe ser exigido sin discriminación alguna a los productos nacionales y a los productos importados, así como a todos los productos importados que cumplan los requisitos (y no solamente a algunos viniendo de ciertos países). De no haber discriminación, el etiquetado frontal es válido ante la OMC.

Frente a esto se concluye que, de acuerdo con el Órgano de Solución de Disputas de la OMC, es posible afirmar que sí existe evidencia técnica y científica suficiente para que la decisión de adoptar

políticas de empaquetado genérico se considere que está debidamente sustentada. De hecho, la evidencia señala que este tipo de medidas son idóneas para alcanzar las metas de salud pública que se trazan los Estados en relación con el control del tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores. En consecuencia, se concluye que los Estados tienen la facultad de regular el uso de productos con una alta nocividad como el tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores. Inclusive, imponiendo límites al uso de signos distintos en la comercialización de estos, particularmente porque no existe un derecho absoluto al uso de la marca oponible a los Estados.

Finalmente, frente a la transición energética se establece un primer contraste entre una transición real y una mera sustitución de tecnología. Esto demostraría que más que solo una tensión entre normas particulares de los acuerdos de la OMC con las posibles medidas que deben adoptarse para lograr la transición energética que requiere el mundo, la estructura y el modelo económico de la OMC plantea desafíos importantes para la continuidad, bien de la organización o de las políticas que tengan un potencial de transformación genuino, justo y sostenible a largo plazo. En el texto se elabora sobre la idea de que el modelo económico imperante en la OMC pone de presente que, incluso en un contexto de transición satisfactoria de unas fuentes de energías no renovables a uno de energías renovables, los esfuerzos deben estar orientados a cambiar las lógicas económicas que subyacen y suponen que la utilización, exportación e importación de cualquier producto es inagotable y debe crecer exponencialmente, pues la noción de desarrollo imperante es inherente al crecimiento exponencial y explotación irrestricta de los recursos.

---

# Seguridad y soberanía alimentaria

La seguridad alimentaria global es uno de los mayores desafíos del siglo XXI. Los indicadores más recientes alertan a la comunidad internacional, especialmente a los países menos desarrollados, así como a aquellos que están en vía de desarrollo. En 2021, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (“FAO”)<sup>1</sup> estimó que entre 702 y 828 millones de personas sufrieron de hambre<sup>2</sup>. Estas cifras se dispararon con la crisis ocasionada por la pandemia por el Covid-19, agregando alrededor de 150 millones de personas<sup>3</sup>. Por supuesto, esta y otras crisis no tienen efectos homogéneos en todas las regiones del mundo, pues para 2021, 278 millones de personas sufrieron de hambre en África, 425 millones de personas en Asia y 56.5 millones en América Latina y el Caribe (“LAC”)<sup>4</sup>. La severidad de las cifras, además de demostrar la relevancia y urgencia del problema, permite discutir las múltiples dimensiones que tiene la seguridad alimentaria, viéndose afectada (y afectando) a distintos actores e instituciones implicadas en su gobernanza<sup>5</sup>. La Organización Mundial del Comercio (“OMC”) como organismo multilateral es, sin duda, uno de los actores más relevantes en la regulación de aspectos que afectan la seguridad y soberanía alimentaria. En este contexto, es esencial analizar algunos de los desafíos más críticos que asume el nuevo gobierno en Colombia en relación con la seguridad y soberanía alimentaria.

---

1 Por sus siglas en inglés: *Food and Agriculture Organization*

2 FAO, EL ESTADO DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA NUTRICIÓN EN EL MUNDO 2022 (2022), <http://www.fao.org/documents/card/es/c/cc0640es> (última visita Aug 26, 2022).

3 FAO, EL ESTADO DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA NUTRICIÓN EN EL MUNDO 2022 (2022), <http://www.fao.org/documents/card/es/c/cc0640es> (última visita Aug 26, 2022).

4 FAO, EL ESTADO DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA NUTRICIÓN EN EL MUNDO 2022 (2022), <http://www.fao.org/documents/card/es/c/cc0640es> (última visita Aug 26, 2022).

5 World Bank, *Food Security Update*, WORLD BANK (2022), <https://www.worldbank.org/en/topic/agriculture/brief/food-security-update> (última visita Aug 26, 2022).

## A. SEGURIDAD ALIMENTARIA

El concepto de seguridad alimentaria comenzó a desarrollarse desde la Conferencia Mundial de la Alimentación en 1974 con la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición. Esta primera aproximación solo se refería a la disponibilidad, producción y distribución adecuada de los alimentos a un nivel nacional y global<sup>6</sup>. En 1996 se celebró la I Cumbre Mundial de Alimentación<sup>7</sup> y se le agrega, al concepto de seguridad alimentaria, la disponibilidad, en todo momento, de todas las personas al acceso físico y económico de suficientes alimentos inocuos y nutritivos, con el fin de satisfacer sus necesidades alimenticias, sus preferencias para el logro de una vida activa y sana<sup>8</sup>. Igualmente, con la creación del Comité de seguridad alimentaria de la FAO en 1974 y su reforma en 2009, en el marco de la crisis del 2008, se incluyeron nuevas preocupaciones sobre seguridad alimentaria: acceso a nivel familiar e individual a los alimentos; acceso a recursos productivos por parte de poblaciones rurales; los aspectos nutricionales y culturales de la alimentación; así como la importancia de conjugar las estrategias a corto y largo plazo<sup>9</sup>.

De esta manera, durante la Cumbre Mundial de la Seguridad Alimentaria de 2009 se desarrollaron los cuatro pilares de la seguridad alimentaria: (i) la disponibilidad física de la comida a nivel nacional y global, lo cual involucra la producción local de alimentos, las importaciones y su almacenamiento; (ii) el acceso económico y físico que se refiere a la capacidad de las personas para obtener alimentos que sean adecuados y sostenibles. La falta de acceso y control sobre los alimentos suele ser una de las causas de inseguridad alimentaria y puede tener un origen físico, incluyendo cantidades insuficientes de alimentos, dificultades o falta de distribución, altos precios y falta de dinero; (iii) la utilización de los alimentos que incluye la forma en la que el cuerpo aprovecha los diversos nutrientes presentes en los alimentos; y (iv) la estabilidad en el tiempo de las tres dimensiones anteriores, por lo que incluso la ingesta adecuada de alimentos de calidad, esporádicamente, se puede entender como inseguridad alimentaria<sup>10</sup>. En ese sentido, para hablar de seguridad alimentaria, estas cuatro dimensiones deben estar presentes<sup>11</sup>.

---

6 Naciones Unidas, *Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición*, (1974), <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-eradication-hunger-and-malnutrition> (última visita Aug 26, 2022).

7 El documento resultado de esta reunión fue la Declaración de Roma sobre la seguridad alimentaria global

8 FAO, *Declaración de Roma sobre la seguridad alimentaria global*, (1996), [http://bibliotecadigital.agronet.gov.co/bitstream/11348/3579/1/2006419111750\\_Declaraci%C3%B3n%20CMA.1996.pdf](http://bibliotecadigital.agronet.gov.co/bitstream/11348/3579/1/2006419111750_Declaraci%C3%B3n%20CMA.1996.pdf).

9 José María Medina Rey, M<sup>a</sup> Luz Ortega Carpio & Gloria Martínez Cousinou, *¿Seguridad alimentaria, soberanía alimentaria o derecho a la alimentación? Estado de la cuestión*, 18 CUAD. DES. RURAL (2021), <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/desarrolloRural/article/view/25419> (última visita Aug 26, 2022).

10 FAO, *Declaración de la Cumbre Mundial sobre la seguridad alimentaria 2009*, (2009), [https://www.fao.org/fileadmin/templates/wsfs/Summit/Docs/Final\\_Declaration/K6050S\\_WSFS\\_OEWG\\_06.pdf](https://www.fao.org/fileadmin/templates/wsfs/Summit/Docs/Final_Declaration/K6050S_WSFS_OEWG_06.pdf).

11 En los últimos años se ha comenzado a hablar de una quinta dimensión: la sostenibilidad. Esta se refiere a que la producción y el consumo de los alimentos se realice de manera tal que no impida la disponibilidad y el acceso de los alimentos no solo a las generaciones presentes, sino también a las futuras. Esto incluiría, por ejemplo, la gestión sostenible de la tierra, la asociación de cultivos, el manejo integrado de plagas, la adecuada selección de variedades de cultivo, fomentar la agricultura familiar y campesina, la promoción de dietas sostenibles, la conservación de la biodiversidad, el apoyo a la pesca artesanal, entre otras.

## B. SOBERANÍA ALIMENTARIA

Como se ve, las consideraciones sobre seguridad alimentaria no centran su atención sobre el *cómo* se da la disponibilidad o el acceso a los alimentos, pues con independencia de si estos se producen a nivel nacional o se importan en el marco del comercio internacional, lo esencial para la seguridad alimentaria es que estos lleguen a las personas. En respuesta a esta visión dominante y como reacción a las políticas de apertura económica que generaron un grave empeoramiento de las condiciones de producción de los campesinos en países de desarrollo, surgió en 1996 durante la Cumbre Mundial de Alimentación el concepto de soberanía alimentaria propuesto por el movimiento *Vía Campesina*. Así, la soberanía alimentaria es “*el derecho de los pueblos, comunidades y países a definir sus propias políticas agrícolas pastoriles, laborales, de pesca, alimentarias y agrarias que sean ecológica, social, económica y culturalmente apropiados, así como la capacidad de mantenerse a sí mismos y a sus sociedades*”<sup>12</sup>. Este concepto busca ampliar la noción de seguridad alimentaria, al plantear la administración democrática de los recursos productivos del sistema alimentario (*i.e.*, tierra, agua, semillas), así como la participación en el comercio en sus propios términos, más que solo obedeciendo a la especulación a través de los mercados internacionales de productos básicos.

La soberanía alimentaria ha sido principalmente usada en LAC por los movimientos campesinos. Para muchos campesinos esta es vista como la única alternativa viable que se opone, además, a la agricultura capitalista e insostenible<sup>13</sup>. Esta postura es compatible con lo que el exrelator de la ONU sobre el derecho humano a la alimentación adecuada, Olivier de Schutter, consideró como una “*confianza excesiva en el comercio internacional en la búsqueda de la seguridad alimentaria*”<sup>14</sup>. Igualmente, se da como respuesta a la creencia de que la seguridad alimentaria global puede alcanzarse solo a través del control de la agricultura por parte del sector privado y de la sujeción a las reglas del libre mercado.

Entonces, lo que se busca con este concepto, en particular desde LAC, es cambiar la lógica de los sistemas alimentarios globales que se hacen de *arriba* hacia *abajo*, por sistemas de *abajo* hacia *arriba*. Esta noción contempla la idea de una agricultura campesina que dé cuenta de los grandes desafíos de sostenibilidad como el cambio climático o la crisis energética. Pese a la incorporación de este concepto en el marco normativo de algunos países latinoamericanos, como Ecuador, Bolivia y Nicaragua, esta noción puede entrar fácilmente en conflicto con los objetivos y compromisos adquiridos por los Estados en la OMC, que promueven políticas de libre mercado.

---

12 La Vía Campesina, *Declaración del Foro de ONG/OSG para la Soberanía Alimentaria, Roma*, (2002), [http://www.redes.org.uy/wp-content/uploads/2008/09/declaracion\\_final\\_del\\_foro\\_de\\_las\\_ongs\\_y\\_movimientos\\_sociales\\_en\\_roma.pdf](http://www.redes.org.uy/wp-content/uploads/2008/09/declaracion_final_del_foro_de_las_ongs_y_movimientos_sociales_en_roma.pdf); La Vía Campesina, *1996: Declaración de Roma de La Vía Campesina que define por primera vez la Soberanía Alimentaria - Vía Campesina*, VIA CAMPESINA ESPAÑOL (2021), <https://viacampesina.org/es/1996-declaracion-de-roma-de-la-via-campesina-que-define-por-primera-vez-la-soberania-alimentaria/> (última visita Aug 26, 2022).

13 La Vía Campesina, *Declaración del Foro de ONG/OSG para la Soberanía Alimentaria, Roma*, (2002), [http://www.redes.org.uy/wp-content/uploads/2008/09/declaracion\\_final\\_del\\_foro\\_de\\_las\\_ongs\\_y\\_movimientos\\_sociales\\_en\\_roma.pdf](http://www.redes.org.uy/wp-content/uploads/2008/09/declaracion_final_del_foro_de_las_ongs_y_movimientos_sociales_en_roma.pdf).

14 Olivier de Schutter, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Olivier de Schutter* :, (2009), <https://digitallibrary.un.org/record/648689> (última visita Aug 26, 2022).

## C. RELACIÓN ENTRE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La seguridad alimentaria tiene una importancia crítica para todos los miembros de la OMC. Las medidas que tienen incidencia sobre la política comercial internacional en relación con la seguridad alimentaria han sido incluidas en distintos acuerdos de la OMC (por ejemplo, Acuerdos de Agricultura, sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, sobre Facilitación del Comercio, de Servicios, entre otros). Actualmente y ante las crisis suscitadas por la pandemia del Covid-19 y la guerra entre Rusia y Ucrania, los miembros de la OMC han emitido declaraciones<sup>15</sup> y se encuentran negociando reformas a las normas del comercio mundial, por ejemplo, en el marco de estas negociaciones del Comité de Agricultura, en 2015 se logró una decisión histórica con la Decisión Ministerial del 19 de diciembre de 2015 al abolir los subsidios a la exportación de productos agropecuarios<sup>16</sup>. Los Estados también han asumido importantes compromisos en materia de seguridad alimentaria y comercio en otros foros, principalmente en Naciones Unidas, como parte de la Agenda 2030, en las metas establecidas en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible 2.

Hace unos años el papel de la política comercial de la OMC en materia de seguridad alimentaria podía verse, ante todo, como un fin de no obstaculizar objetivos políticos legítimos (artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio “GATT”<sup>17</sup>) bajo la defensa irrestricta de la liberalización del comercio. Sin embargo, con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (“Acuerdo MSF”), el Acuerdo de Agricultura (o “AoA”<sup>18</sup>), y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (“Acuerdo OTC”) se puede ver que, más que una posición excepcional, los Estados parte de la OMC han buscado incluir los parámetros necesarios para regular aquellas medidas que, aunque generen barreras al comercio internacional, son necesarias para garantizar otros objetivos legítimos no comerciales como, por ejemplo, la seguridad alimentaria. En particular, puede verse que el comercio internacional afecta la disponibilidad, acceso, estabilidad en los precios y utilización de la comida, todos elementos fundamentales de la seguridad alimentaria<sup>19</sup>.

### i. GATT

Se trata del acuerdo “marco” de la OMC, pues incluso antes de que esta naciera con el Acuerdo de Marrakech, los Estados en 1947 decidieron fijar unas reglas básicas en materia de comercio internacional de bienes. El GATT fue incluido dentro del “paquete” de acuerdos acordados durante las rondas de negociación, en particular, durante la Ronda de Uruguay en la que se acuerda la creación de la OMC. Aunque el GATT incluye obligaciones generales de no discriminación, en el artículo XX se introduce una excepción general que permite a los gobiernos la adopción de medidas que, aunque

15 Véase, por ejemplo: la declaración conjunta del 15 de julio de 2022 [https://www.wto.org/english/news\\_e/news22\\_e/igo\\_15jul22\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/igo_15jul22_e.pdf)

16 OMC, *Agricultura*, [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/agric\\_s/agric\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/agric_s.htm) (última visita Aug 26, 2022)

17 Por sus siglas en inglés: *General Agreement on Tariffs and Trade*

18 Por sus siglas en inglés: *Agreement on Agriculture*

19 OMC, *Heads of agencies call for urgent action to address global food security crisis*, (2022), [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news22\\_s/igo\\_15jul22\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news22_s/igo_15jul22_s.htm) (última visita Aug 26, 2022).

afectan el comercio internacional, tienen el fin de proteger la salud y la vida de las personas, animales y plantas (literal b del artículo XX), entre otros, con la condición de que estas, en todo caso, no sean discriminatorias y no sean utilizadas como un medio para encubrir medidas proteccionistas.

### **ii. Acuerdo MSF**

El Acuerdo MSF surge como un desarrollo del literal b del GATT<sup>20</sup>. Este busca establecer las reglas básicas sobre inocuidad de los alimentos, la sanidad animal y preservación de las plantas y vegetales que los gobiernos deben aplicar. En este se establece la posibilidad para que los países determinen, en el marco de su capacidad regulatoria, sus propias normas sanitarias y fitosanitarias, bajo la condición de que estas respondan a resultados científicos y sean aplicadas solo en la medida en que sean necesarias para proteger la vida o salud de las personas, los animales y las plantas, y mientras no discriminen de manera arbitraria e injustificada cuando se trata de países con condiciones idénticas o similares (artículo 2.3 del Acuerdo MSF)<sup>21</sup>. Así, el Acuerdo MSF, junto con el Acuerdo OTC, busca balancear la necesidad de los miembros de aplicar normas para la protección de bienes no comerciales y, al mismo tiempo, evitar un trato arbitrarios y discriminatorios, y/o de proteccionismo encubierto.

### **iii. Acuerdo OTC**

El Acuerdo OTC trata de asegurar que los reglamentos, las normas y los procedimientos de prueba y certificación no creen obstáculos innecesarios. Este reconoce también el derecho de los países a adoptar las normas que consideren apropiadas; por ejemplo, para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de las plantas y vegetales, para la protección del medio ambiente o en defensa de otros intereses de los consumidores. Sus disciplinas pretenden ayudar a que los miembros distingan entre motivaciones *legítimas* y motivaciones proteccionistas, con el fin de mejorar la coherencia y el apoyo mutuo entre el libre comercio, por un lado, y las políticas internas.

Así como el Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC permite y, de hecho, incentiva a que los gobiernos tengan en cuenta y basen sus medidas sanitarias, fitosanitarias y de obstáculos técnicos en reglamentos, guías y parámetros internacionales (Preámbulo, recitales 2 y 3, y artículo 2.6 del Acuerdo OTC; Preámbulo, recital 6 y artículo 3 del Acuerdo MSF). De cualquier modo, sean cuales fueren los reglamentos que utilicen, no han de ser discriminatorios.

### **iv. Acuerdo sobre Agricultura - AoA**

El comercio de productos agrícolas ha estado sujeto, indirectamente, a disciplinas de la OMC desde 1947 con el GATT; la prohibición general a las restricciones de importación y exportación del artículo XI:2 del GATT, aplicable de manera parcial a productos alimenticios, agrícolas, forestales y pesqueros, y un primer intento en el artículo XVI:3 por desincentivar -aunque no prohibir- los subsidios que tuvieran como efecto la reducción de las importaciones o el aumento de las exportaciones de los productos.

Estas regulaciones, aunque tenían algún efecto sobre el comercio de los productos agrícolas, no cubrían realmente la complejidad de las medidas impuestas por los Estados en este sector. Las varias excepciones y la falta de regulación sobre otras medidas llevaron un uso generalizado de medidas que obstruían las importaciones (*i.e.*, a través de prohibiciones, cuotas, precios mínimos a las importa-

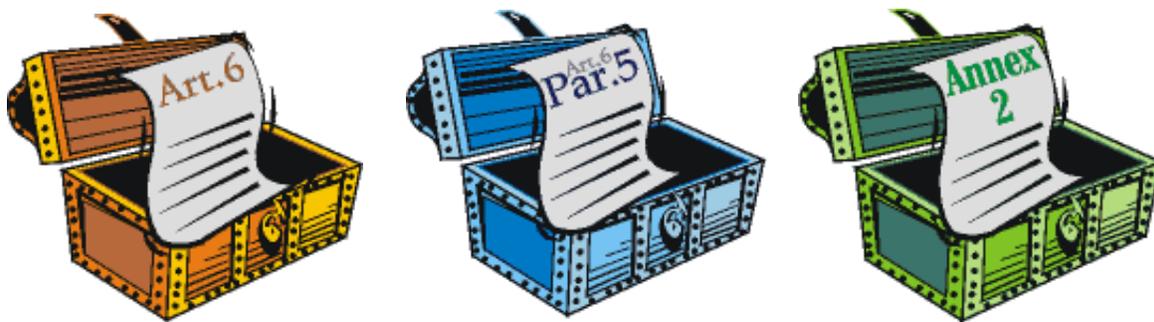
20 En particular, véase el recital 8 del Acuerdo MSF y el artículo 2.4.

21 De hecho, el lenguaje de este artículo es un reflejo de lo que se dispone en el encabezado del artículo XX del GATT.

ciones, enormes subsidios, etc.). Esto llevó a que algunos de los productos agrícolas esenciales, como los cereales, la carne, los lácteos, el azúcar, las frutas, entre otros, se enfrentaran a serias barreras comerciales en una escala mucho mayor a la del resto del comercio de mercancías<sup>22</sup>. Igualmente, los agricultores de los países en desarrollo y menos desarrollados se vieron enfrentados a mayores presiones para competir en un mercado en el que la producción y las exportaciones subsidiadas de los países más ricos prácticamente los dejaban por fuera.

En este contexto, el Acuerdo sobre Agricultura nació en 1995 junto con la creación de la OMC. Sus obligaciones se enmarcan en tres pilares: (i) acceso al mercado; (ii) soporte doméstico; y (iii) competencia en las exportaciones. El AoA, sin embargo, permite que los gobiernos apoyen a sus economías rurales y establece un trato diferenciado entre aquellos países más ricos, los menos desarrollados y los que están en vía de desarrollo. De hecho, los recortes en materia de subsidios y aranceles exigidos a los países en desarrollo fueron menores que los exigidos a los países desarrollados, además del tiempo adicional otorgado a estos primeros. De hecho, a los países menos desarrollados no se les exigió ninguna de estas reducciones y en el AoA se establecieron disposiciones especiales para protegerlos, debido, en parte, a su dependencia en las importaciones de alimentos.

Como parte del pilar de soporte doméstico, en el AoA se clasifican en tres “compartimientos” los tipos de ayudas otorgadas por los gobiernos. Por un lado, (i) el compartimiento color ámbar, contemplado en el artículo 6 del AoA, que regula todas las medidas de ayuda interna que distorsionan la producción y el comercio y cuyo establecimiento no está prohibido, aunque sí limitado; (ii) el compartimiento color azul, regulado en el artículo 6.3 del AoA, y al que también se le ha llamado como el *compartimiento ámbar con condiciones*, pues toda ayuda que normalmente se regularía en el compartimiento ámbar pasa al azul en caso de que se incluyan medidas que requiera que los agricultores limiten su producción; y (iii) el compartimiento color verde, regulado en el Anexo 2 del AoA, que contempla aquellos subsidios que no distorsionan el comercio, o lo hacen en un mínimo grado.




---

**Fuente: Organización Mundial del Comercio, Soporte Doméstico en Agricultura: los compartimientos**

---

22 OMC, *The WTO Agreements Series: Agriculture*, in THE WTO AGREEMENTS SERIES (Third ed. 2016), [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/agric\\_agreement\\_series\\_3\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/agric_agreement_series_3_e.pdf).

El contexto de este acuerdo, es importante destacar que la composición de las materias primas, el volumen y la distribución geográfica del comercio sobre agricultura ha cambiado radicalmente durante las últimas dos décadas. El comercio sobre productos agrícolas se ha triplicado<sup>23</sup>. De hecho, en 2019 alcanzó los 1.9 trillones de dólares. El mayor crecimiento puede atribuirse a Estados en desarrollo como Brasil, China, India y Turquía, a pesar de que Estados Unidos, la Unión Europea y Japón siguen siendo actores centrales en el comercio de estos productos<sup>24</sup>. También, porque los esfuerzos ahora se concentran un poco más en aumentar la calidad de los alimentos, buscando que la comida sea más nutritiva, más que el enfoque tradicional de solo erradicar el hambre. Finalmente, los países en desarrollo han buscado reducir su dependencia a las exportaciones de productos primarios.

## E. SEGURIDAD ALIMENTARIA EN CONTEXTO

### i. Panorama global

Para 2020, los mayores desafíos en los mercados globales de alimentos seguían siendo (i) la logística; y (ii) la débil demanda como resultado de la recesión económica<sup>25</sup>. Desde 1974 con la hambruna que llevó a la Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición de Naciones Unidas, la crisis de 2008, la pandemia de Covid-19 hasta la guerra entre Ucrania y Rusia, sabemos que las crisis sociales, políticas y económicas tienen incidencia directa sobre la seguridad alimentaria global<sup>26</sup>.

Distintas organizaciones internacionales como la FAO, el Fondo Monetario Internacional, el Grupo Mundial, el Programa Mundial de alimentos y la OMC emitieron una declaración conjunta el 15 de julio de 2022 señalando que: (i) la pandemia de Covid-19, la interrupción de las cadenas internacionales de suministro y la guerra en Ucrania generaron una grave perturbación en los mercados de alimentos, combustibles y abonos; (ii) el aumento exponencial de personas sufriendo grave inseguridad alimentaria pone en peligro sus vidas y medios de subsistencia; (iii) el comercio internacional de alimentos se ha visto gravemente afectado por el aumento de los precios de los alimentos, en particular, por las restricciones a las exportaciones a más del 8% del comercio de estos productos; (iv) la posibilidad de respuesta global a la crisis del suministro de alimentos se ha dificultado dado el precio casi duplicado del abono, a raíz de los costos elevados de insumos como el gas natural; (v) la capacidad de respuesta de los gobiernos se encuentra severamente limitada a raíz del déficit fiscal que ha dejado la pandemia, etc.<sup>27</sup>

Las crisis descritas, en particular la de la pandemia de Covid-19 y la guerra en Ucrania han tenido seria incidencia en, por ejemplo, la caída de los precios del petróleo, lo cual ha generado que los biocombustibles sean menos competitivos, por lo que hay una menor demanda de los granos para

23 WTO, *WTO Trade Dialogues on Food: Big Take-Aways, A Very Quick Read*, (2022), [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/big\\_takeaways.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/big_takeaways.pdf).

24 WTO, *WTO Trade Dialogues on Food: Big Take-Aways, A Very Quick Read*, (2022), [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/big\\_takeaways.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/big_takeaways.pdf).

25 WTO, *WTO Trade Dialogues on Food: Big Take-Aways, A Very Quick Read*, (2022), [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/big\\_takeaways.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/big_takeaways.pdf).

26 Clemens Boonekamp & Maria Perez-Estevé, *How can Trade Contribute to Food Security?*, [https://www.wto.org/english/forums\\_e/public\\_forum12\\_e/art\\_pf12\\_e/art1.htm](https://www.wto.org/english/forums_e/public_forum12_e/art_pf12_e/art1.htm) (última visita Aug 26, 2022).

27 OMC, *Heads of agencies call for urgent action to address global food security crisis*, (2022), [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news22\\_s/igo\\_15jul22\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news22_s/igo_15jul22_s.htm) (última visita Aug 26, 2022).

producirlos. Igualmente, dan cuenta de que, más que un problema de disponibilidad de alimentos es el acceso físico y real de las personas a la comida el mayor desafío, pues 690 millones de personas ya estaban en condiciones de grave desnutrición antes de la pandemia<sup>28</sup>. Estas crisis han puesto en evidencia la alta dependencia en las importaciones de fertilizantes. De acuerdo con la OMC el 45% de fertilizantes es comerciado en mercados internacionales, pues su producción su tiene una alta concentración geográfica en los países que cuentan con la materia prima para producirlos<sup>29</sup>. Los países también han introducido nuevos requerimientos de empaquetado y de licencias (Acuerdo OTC), restricciones a las importaciones y subsidios a los agricultores (AoA), como consecuencia de la confianza debilitada en los mercados internacionales<sup>30</sup>.

## ii. **Panorama Colombiano**

Dentro de este panorama global, Colombia, como parte de la región de LAC y país en vía de desarrollo, no ha sido ajeno a los efectos desproporcionales de los problemas asociados con la seguridad alimentaria<sup>31</sup>. De acuerdo con el informe de la FAO, en Colombia el 26.5% de las personas -cerca de 13,5 millones- no tiene acceso a una buena alimentación y la prevalencia de desnutrición total del país se estimó en un 8.2% -cerca de 4,2 millones de personas- para 2021<sup>32</sup>. Igualmente, según las estadísticas presentadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (“DANE”), las personas en situación de pobreza extrema<sup>33</sup>, que en 2019 ascendían a 4,6 millones de personas, aumentaron notablemente en 2020 a 7,4 millones, y para 2021 bajaron a los 6.1 millones<sup>34</sup>.

De acuerdo con las Evaluaciones Agropecuarias Municipales (“EVA”), el sector en el que Colombia recibe más importaciones es el agrícola, con más de 13 millones de toneladas<sup>35</sup>. En el caso de los cereales, el país se abastece en un 60% con estos, como el arroz, y para el caso del trigo, las importa-

---

28 FAO, EL ESTADO DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA NUTRICIÓN EN EL MUNDO 2022 (2022), <http://www.fao.org/documents/card/es/c/cc0640es> (última visita Aug 26, 2022).

29 OMC, *Heads of agencies call for urgent action to address global food security crisis*, (2022), [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news22\\_s/igo\\_15jul22\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news22_s/igo_15jul22_s.htm) (última visita Aug 26, 2022).

30 OMC, *Heads of agencies call for urgent action to address global food security crisis*, (2022), [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news22\\_s/igo\\_15jul22\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news22_s/igo_15jul22_s.htm) (última visita Aug 26, 2022).

31 Richard Emblin, *Hunger in Colombia “critical” says Food Banks after FAO report*, THE CITY PAPER BOGOTÁ (2022), <https://thecitypaperbogota.com/colombia/hunger-in-colombia-critical-affirms-food-banks-after-fao-report/> (última visita Aug 26, 2022).

32 Diana Rodríguez, *¿Es Colombia vulnerable a la inseguridad alimentaria?*, PORTAFOLIO, 2022, <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/es-colombia-vulnerable-a-la-inseguridad-alimentaria-568249> (última visita Aug 26, 2022).

33 Esta medición se toma considerando a quienes no tienen los ingresos, ni siquiera, para cubrir los alimentos de una canasta básica mínima.

34 Daniel Salazar, *Las millonarias cifras detrás de la importación de alimentos en Colombia*, BLOOMBERG LÍNEA, 2022, <https://www.bloomberglinea.com/2022/01/23/las-millonarias-cifras-detras-de-las-importaciones-de-alimentos-a-colombia/> (última visita Aug 26, 2022).

35 EVA, *Evaluaciones Agropecuarias Municipales EVA | Datos Abiertos Colombia*, (2022), <https://www.datos.gov.co/Agricultura-y-Desarrollo-Rural/Evaluaciones-Agropecuarias-Municipales-EVA/2pnw-mmge> (última visita Aug 26, 2022).

ciones pesan cerca del 99%<sup>36</sup>. La producción de trigo nacional cayó drásticamente porque, a pesar del aumento de su demanda, los lugares en los que se producía (*i.e.*, Nariño, Altiplano cundiboyacense) no lograron aumentar sus niveles en la misma proporción. Para 2021, Colombia importó cerca de 12 millones de toneladas de alimento (equivalente al 30% de los alimentos que se consumen en el país), entre las que se incluyeron 6 millones de maíz amarillo que llegaron principalmente desde Estados Unidos, Rusia, Canadá y Ucrania<sup>37</sup>.

Por supuesto, estas cifras han puesto énfasis en la cuestión sobre si el país tiene o no seguridad y soberanía alimentaria. En Colombia, a pesar de contar con tierra y los recursos naturales suficientes para cultivar la mayoría de nuestra propia comida, desde finales del siglo XX el país depende, en gran medida, de las cadenas globales de suministro<sup>38</sup>. Por ejemplo, en el caso del maíz, pese a que en al menos 21 de los 32 departamentos el país tiene la capacidad de cultivar maíz, y a que este es el tercer cultivo más importante, representando el 9% de la necesidad calórica de los ciudadanos, en la actualidad dependemos en las importaciones para abastecer la demanda local.

Según la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales, Leguminosas y Soya (“Fenalce”), el país debe importar estas cantidades de maíz dada la falta de la tecnología requerida para producirlo<sup>39</sup>. El nivel de dependencia de las importaciones y la falta de desarrollo tecnológico en el país ha llevado a que hoy en Colombia sea más barato importar el maíz que producirlo. Esto, además, ha generado una ola creciente de desempleos del sector rural en el país<sup>40</sup>.

En el caso del arroz y de la papa también se identifican falencias en la falta de tecnología y abastecimiento reciente de fertilizantes y productos agroquímicos que permitan producir de manera más eficiente, segura, reduciendo los costos finales del cultivo y permitiendo que los productos cumplan con los requerimientos sanitarios exigidos en el mercado internacional<sup>41</sup>. Para el Director de Investigaciones Económicas de la Federación Nacional de Arroceros (“Fedearroz”), a pesar de un aumento en la cantidad de hectáreas de arroz durante los últimos años -actualmente se cultivan cerca de 544 mil hectáreas-, Colombia aún enfrenta serios desafíos para consolidar el sector. Por un lado, identifica que, en los últimos 70 años, el país no ha invertido en un distrito de riego de amplia escala que permita a los productores cultivar arroz a lo largo del año. Este tipo de inversiones son esenciales, pues para suplir la demanda interna se requiere cultivar durante todo el año y, por condiciones climáticas, en Colombia no es posible cosechar arroz de manera homogénea durante el año.

36 EVA, *Evaluaciones Agropecuarias Municipales EVA | Datos Abiertos Colombia*, (2022), <https://www.datos.gov.co/Agricultura-y-Desarrollo-Rural/Evaluaciones-Agropecuarias-Municipales-EVA/2pnw-mmge> (última visita Aug 26, 2022).

37 Maria F. Fitzgerald, *Colombia come arepas y empanadas hechas con maíz norteamericano*, CAMBIO, 2022, <https://cambiocolombia.com/articulo/poder/colombia-come-arepas-y-empanadas-hechas-con-maiz-norteamericano> (última visita Aug 26, 2022).

38 Alejandra Rico, *Maíz, trigo y tortas de soya son 70% de importaciones de alimentos que hace el país*, DIARIO LA REPÚBLICA (2022), <https://www.larepublica.co/economia/maiz-trigo-y-tortas-de-soya-son-los-alimentos-que-mas-se-importan-en-colombia-3368060> (última visita Aug 26, 2022).

39 Alejandra Zapata Quinchía, *Maíz, trigo y soya, ¿por qué Colombia no es autosuficiente?*, EL COLOMBIANO, 2021, <https://www.elcolombiano.com/negocios/maiz-trigo-y-soya-por-que-colombia-no-es-autosuficiente-BL15962461> (última visita Aug 26, 2022).

40 Más Colombia, *La importación masiva de cereales aumenta el desempleo rural*, MÁS COLOMBIA, 2021, <https://mascolombia.com/la-importacion-masiva-de-cereales-aumenta-el-desempleo-rural/> (última visita agosto 26, 2022).

41 Angela Gaitan & Omar Vanegas, *Los problemas del sector agrícola colombiano*, RAZÓN PÚBLICA (2020), <https://razonpublica.com/los-problemas-del-sector-agricola-colombiano/> (última visita agosto 26, 2022).

El Gobierno Nacional, con el expresidente Iván Duque, promovió el proyecto *Soya Maíz Proyecto País*, buscando aumentar la producción nacional de maíz y soya y así reducir las importaciones, cuyos costos aumentaron exponencialmente por la guerra entre Ucrania y Rusia<sup>42</sup>. Con este programa se logró un aumento del 27,5% de la producción de maíz colombiano<sup>43</sup>. Sin embargo, el director de Fenalce resalta que esta cifra aún es insuficiente, pues para cubrir la demanda nacional de maíz, el país debe producir, por lo menos, dos millones de toneladas adicionales para cubrir el déficit actual<sup>44</sup>.

Las medidas para solucionar los problemas en seguridad alimentaria en Colombia deben abarcar la capacidad de producción del país, la posibilidad de acceso económico y físico de todas las personas a los alimentos. En parte, el Gobierno Nacional debería considerar:

- Formular líneas de crédito para financiar la tecnología adecuada que permita mejorar la infraestructura intrapiedal de los sistemas de riego, secamiento, y adecuación de suelo. Invertir en programas de apoyo y fomento de la investigación, la innovación y el desarrollo del sector agrícola.
- Invertir en un plan que permita mejorar las condiciones de las vías secundarias y terciarias del país para permitir el adecuado transporte de los alimentos.
- Establecer marcos regulatorios y políticas públicas que incentiven la producción y el consumo de productos básicos sostenibles, con el fin de influir en las prácticas agrícolas sostenibles y climáticamente inteligentes.
- Establecer precios mínimos para los productores con el fin de que estos obtengan ingresos dignos.

La dependencia del país ante estas cadenas de suministro prende alarmas en relación con la falta de soberanía alimentaria y, en general, pone de presente la prioridad de invertir en políticas públicas que permitan afrontar los graves problemas de seguridad alimentaria en el país. Es claro que, actualmente, el país depende de factores externos, como la producción en otros países y el valor del peso colombiano en el mercado respecto del dólar. Esto supone un desafío, así como una oportunidad para el nuevo gobierno.

De hecho, en el discurso de posesión, Gustavo Petro afirmó que Colombia es un país que debe y puede gozar de soberanía alimentaria para lograr que no haya más hambre en el país. Una misión del Estado con todo el sector privado debe garantizar la alimentación sana de toda la sociedad colombi-

42 Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, *Con Jornada de Negocios de 'Soya Maíz Proyecto País', productores del Meta lograron negocios potenciales para vender 98.544 toneladas*, (2022), <https://www.minagricultura.gov.co/noticias/Paginas/Con-Jornada-de-Negocios-de-%E2%80%98Soya-Ma%C3%ADz-Proyecto-Pa%C3%ADs-%E2%80%99,-productores-del-Meta-lograron-negocios-potenciales-para-vender-98-544.aspx> (última visita agosto 26, 2022).

43 3tres3, *Colombia: 'Soya Maíz Proyecto País' impulsa la siembra y comercialización*, (2022), [https://www.3tres3.com/latam/ultima-hora/colombia-'soya-maiz-proyecto-pais'-impulsa-siembra-y-comercializacion\\_14099/](https://www.3tres3.com/latam/ultima-hora/colombia-'soya-maiz-proyecto-pais'-impulsa-siembra-y-comercializacion_14099/) (última visita agosto 26, 2022).

44 Más Colombia, *La importación masiva de cereales aumenta el desempleo rural*, MÁS COLOMBIA, 2021, <https://mascolombia.com/la-importacion-masiva-de-cereales-aumenta-el-desempleo-rural/> (última visita agosto 26, 2022).

ana, y lograr incluso excedentes para la exportación. Para lograr la seguridad (y soberanía) alimentaria se propone una reforma agraria que logre, entre otras: (i) priorizar la alimentación del país como productor para que todas las personas tengan acceso al alimento y que tengan acceso a los recursos mínimos para conseguirlo (acceso al agua, a la tierra, a los créditos agrícolas y a las semillas sin modificaciones genéticas); (ii) involucrar a los campesinos en la toma de decisiones, por ejemplo, en los procesos de reformas agrarias; y (iii) conservar los conocimientos ancestrales para buscar que todas las formas de producción sean compatibles con el medioambiente<sup>45</sup>.

El Gobierno tendrá que desarrollar estas reformas con el apoyo de investigadores y expertos en materia de comercio internacional para lograr cumplir con las necesidades del país en materia de seguridad alimentaria, sin violar sus compromisos ante la OMC.

Conclusión: Hoy la agenda global exige que los Estados, más que centrarse en garantizar únicamente la seguridad alimentaria debe buscar alternativas para aumentar su soberanía alimentaria, pues las crisis ambientales, energéticas y sociales afectan las cadenas de suministro a tal punto que gran parte de la población, específicamente de los países en desarrollo o menos desarrollados sufre problemas asociados a la desnutrición o el hambre.

## F. RECOMENDACIONES:

- **Para el Gobierno:** Analizar y plantear una estrategia para implementar todas las medidas internas que sean necesarias para mitigar la crisis y el impacto del alto precio de los alimentos, debido al estrés sobre las cadenas de suministro global de fertilizantes y plantear una hoja de ruta que, en consonancia con los acuerdos MSF, OTC y AoA permita que el país transite hacia un modelo de soberanía alimentaria, asegurando el crecimiento sostenible de la agricultura a través del uso de tecnología sofisticada con bajo impacto ambiental.
- **Para la Misión de Colombia en la OMC:** Es muy probable que las crisis generadas por la pandemia del Covid-19 y la guerra en Ucrania hayan materializado los problemas asociados a un modelo económico en el que se priorice una agenda de comercio global. En ese sentido, este momento es una gran oportunidad para que los Estados, específicamente aquellos que están en vía de desarrollo y los menos desarrollados, planteen discusiones en relación con la flexibilización de normas y aplicación de estándares, bien sea respecto de las obligaciones de los acuerdos MSF, OTC y AoA, o de la aplicabilidad de las excepciones.

---

45 Natalia Pérez, *La reforma agraria de Petro*, RAZÓN PÚBLICA, 2022, <https://razonpublica.com/la-reforma-agraria-petro/> (última visita agosto 27, 2022).

## II

# Política industrial

Las dificultades derivadas de décadas de liberalización comercial y de inversión, así como la necesidad de promover el desarrollo en ciertas industrias, ha llevado a que numerosos gobiernos en América Latina reevalúen la necesidad de adoptar una política industrial en sus respectivos países – incluida Colombia. Se ha dejado así la idea, dominante en la región durante los años ochenta y noventa, de que “la mejor política industrial es la que no existe” y, en su lugar, se han comenzado a realizar esfuerzos para alterar la estructura industrial del país para promover la productividad. Así, medidas como los subsidios y exigencias de contenido local, han comenzado a ser redescubiertas como alternativas viables para fomentar el desarrollo. Sin embargo, las estrategias de política industrial deben ser diseñada de forma tal que no entran en conflicto con las obligaciones colombianas bajo la OMC.

En términos generales, el artículo XVII del GATT permite a los Estados promover una política industrial, al adoptar medidas no permitidas normalmente en el GATT, como las restricciones cuantitativas, “en interés de su programa de desarrollo económico y reconstrucción”. Sin embargo, el artículo exige una notificación a todas las partes contratantes, negociar con otras partes contratantes que puedan verse “sustancialmente afectadas” por las medidas propuestas, y obtener la aprobación de las partes contratantes. Debido a este pesado requisito, los estados en desarrollo han utilizado la posibilidad abierta en el artículo XII del GATT, que permite las restricciones a la importación en caso de crisis de la balanza de pagos; es decir, para detener una grave disminución de sus reservas monetarias, o para lograr una tasa razonable de aumento de estas. Si bien los países en desarrollo utilizaron ampliamente la balanza de pagos en el marco del GATT y de la OMC (220 revisiones entre 1960 y 2005), el Entendimiento Relativo a las Disposiciones en Materia de Balanza de Pagos endureció los requisitos para su uso, con sólo tres revisiones entre 2005 y 2014<sup>46</sup>.

46 WTO. World Trade Report 2014, p. 196

Por su parte, el artículo XIX del GATT y el Acuerdo de la OMC sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) de la OMC permiten a todos los Estados miembros (y no sólo a los Estados en desarrollo) aumentar los aranceles o aplicar contingentes como salvaguardias si un aumento de las importaciones causa un “daño grave” a una industria nacional. Del mismo modo, en lo que respecta a las subvenciones, el artículo XXVII del GATT concedió a los países en desarrollo cierta flexibilidad para eliminar progresivamente sus subvenciones a la exportación, algo que está prohibido para los países desarrollados. Estas flexibilidades expiran en 2023 para los países en desarrollo, y en 2030 para los países menos desarrollados.<sup>47</sup>

Así mismo, el Acuerdo SMC sí permite (en sus artículos 5 y 6) cierto espacio para una política industrial, ya que permite las subvenciones que no estén directamente vinculadas a los resultados de las exportaciones o al uso de productos nacionales frente a los importados, o que causen “efectos adversos” a otro miembro de la OMC. Debido a que los litigios en la OMC tardan años, algunos países en desarrollo han jugado al “atrápame si puedes”, concediendo subvenciones a sus industrias incipientes en contravención del MCE, y eliminando después dichas subvenciones cuando los litigios presentados por los afectados ante la OMC están a punto de concluir.

Sin embargo, estas flexibilidades no son suficientes. Conviene empezar por darse cuenta de que las economías latinoamericanas ya son relativamente abiertas<sup>48</sup>: esto significa que, como ha demostrado Dani Rodrick, si las barreras comerciales ya son bajas, una mayor liberalización tiende a tener un mayor impacto redistributivo del comercio, y las ganancias netas de eficiencia suelen ser menores.<sup>49</sup> El actual momento de descontento en América Latina se produce en el contexto de economías que ya han reducido las barreras comerciales, lo que significa que avanzar en la liberalización podría no aportar grandes ganancias de eficiencia y, por el contrario, podría reforzar patrones de desigualdad que están desafiando la estabilidad democrática básica en la región. Los Estados de la región podrían utilizar más flexibilidad en términos de espacio político, lo que no supone necesariamente un avance hacia el proteccionismo, sino hacia una mejor integración en el capitalismo global, que es precisamente lo que reclaman los ciudadanos de América Latina

---

47 WTO & EIF, *Trade impacts of LDC graduation: Matters related to the WTO agreements*, 1–26 (2022).

48 Adolfo Roquez-Díaz & Lorenzo Escot, *Relationship between trade openness and economic growth in Latin America: A causality analysis with heterogeneous panel data*, 22 REV DEV ECON 658–684 (2018).

49 Dani Rodrik, ‘The Rush to Free Trade in the Developing World: Why so Late? Why Now? Will It Last?’ in Stephan Haggard and Steven Benjamin Webb (eds), *Voting for reform: democracy, political liberalization, and economic adjustment* (Oxford University Press 1994). Dani Rodrik, ‘Populism and the Economics of Globalization’ (2018) 1 Journal of International Business Policy 12.

## A. SUBSIDIOS

Los subsidios son una de las herramientas más utilizadas para promover una política industria – al menos en los países que tienen como pagarlos. En ese contexto, por razones de presupuesto, países como Colombia son usualmente importadores de productos subsidiados producidos en países más ricos, más que exportadores de productos subsidiados a esos mercados.

Ahora bien, según el Acuerdo SCM, hay subsidios que están absolutamente prohibidos, otros que están absolutamente permitidos, y ciertos subsidios que son “recurribles” – es decir, que pueden ser cuestionados ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC. Las reglas de la Organización exigen que, para considerado un subsidio, la ayuda debe implicar una “contribución financiera” del Estado a la empresa. Esta contribución puede ser una ayuda financiera directa a las empresas (i.e., pagos en efectivo, aportes de capital, o el suministro de bienes y servicios por debajo de los precios de mercado). Además, debe significar un “beneficio” para la empresa (como, por ejemplo, un beneficio tributario). En todo caso, la subvención deber ser “específica”, ya sea de iure (es decir, dirigida jurídicamente a una industria o empresa) o de facto (es decir, que sea utilizada en la práctica desproporcionadamente por una empresa o industria).

El artículo 3.1 del SCM sólo prohíbe dos tipos de subsidios: las subvenciones condicionadas a la exportación de producción industriales, y las subvenciones condicionadas a que la producción subsidiada tengan un contenido mínimo local. Las reglas presumen que estas ayudas son “específicas” y que, por lo tanto, deben ser eliminadas. Por el contrario, otro tipo de ayudas que sean específicas, pero que no estén explícitamente prohibidas podrán ser recurridas ante la OMC, pero no se presumen ilícitas – estas son los denominados subsidios “recurribles”. Por su parte, el artículo 2.1 (b) del SCM permite otorgar subsidios a un subconjunto del sector industrial, siempre que se utilice un criterio económico objetivo para determinar un segmento horizontal del sector industrial: por ejemplo, según lo establece el pie de página de esa misma disposición, un subsidio a pequeñas y medianas empresas en función del número de empleados o del tamaño de la empresa, independientemente de la industria a la que pertenezcan. Así mismo, y de manera importante, las reglas de la OMC no regulan los subsidios a los servicios. Entonces, una subvención a los servicios que no se traslada a las mercancías sería lícita.

Ahora bien, los Estados que se consideran afectados por el subsidio tienen dos opciones: adoptar medidas compensatorias, o iniciar un proceso ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Si el Estado elige imponer medidas compensatorias, debe cumplir los diversos requisitos establecidos por Acuerdo Subsidios y Medidas Compensatorias de la OMC, incluido el requisito de demostrar un “perjuicio importante” (según es definido por el artículo 6.3 del SCM). En el segundo caso, deberá probar un “efecto adverso” (por ejemplo, según el Artículo 5 del SCM, un perjuicio a los productores nacionales de un producto similar en competencia con el producto importado subvencionado).

Las medidas compensatorias son relativamente frecuentes en la OMC (usualmente, alrededor de 40 medidas provisionales o derechos compensatorios definitivos al año). Sin embargo, las controversias alrededor de subsidios son poco frecuentes (usualmente unas cinco al año) lo que indica que el proceso de solución de disputas no se utiliza a menudo como instrumento de restricción para mitigar el uso de subvenciones prohibidas o accionables en la organización. Adicionalmente, la complejidad de estos litigios ha hecho que algunos miembros de la OMC hayan adoptado una estrategia de “atrápame si puedes”: adoptan subsidios presuntamente ilícitos y, cuando el litigio ante la OMC avanza, los desmontan para evitar consecuencias jurídicas negativas.<sup>50</sup> Sin embargo, la generalización del recurso a subsidios para reactivar economía en el mundo (particularmente por parte de los países más ricos) hace que esta estrategia se vuelva cada vez menos viable, pues la presión para que la OMC decida rápido será cada vez más grande.

Con anterioridad, el artículo 8 del Acuerdo SMC incluía una lista definida de subvenciones que se consideraban “no recurribles”, es decir, subvenciones inmunes a la impugnación de la OMC, así como de la acción de derechos compensatorios, incluso si cumplían los criterios antes mencionados. Por ejemplo, los subsidios para la investigación y el desarrollo, apoyos a la infraestructura, subvenciones para la adaptación de las instalaciones a los requisitos medioambientales, o subsidios en apoyo a ciertas regiones desfavorecidas, siempre y cuando no estuviesen destinados a una industria en específico, podían ser considerados como subsidios permitidos. Sin embargo, esta disposición se aplicó provisionalmente durante los primeros 5 años de vigencia del SMC de la OMC. La lista no ha sido renovada, por lo que hoy en día ningún programa de subvenciones está explícitamente protegido como no recurrible.

Por último, también en lo que respecta a las subvenciones, el artículo 9 del Acuerdo SMC concede a los productos de los países en desarrollo una exención de las medidas de salvaguardia, si el producto no supera el tres por ciento de las importaciones totales, y el artículo 27.10 del Acuerdo SMC exige a los miembros que pongan fin a una investigación sobre derechos compensatorios de las importaciones de los países en desarrollo, si las subvenciones impugnadas no superan el dos por ciento del valor del producto.

**Conclusión:** Las reglas de subsidios de la OMC sí imponen una limitación real a la posibilidad de una política industrial – particularmente, en la limitación ambientales o destinados a beneficiar pobla-

---

50 Sonia E Rolland, ‘Emerging Powers and the World Trading System: The Past and Future of International Economic Law. By Gregory Shaffer. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021. Pp. Xxii, 321.’ (2022) 116 American Journal of International Law 452.

51 Fuente: Robert Howse, ‘Making the WTO (Not So) Great Again: The Case Against Responding to the Trump Trade Agenda Through Reform of WTO Rules on Subsidies and State Enterprises’ (2020) 23 Journal of International Economic Law 371.

ciones vulnerables. En ese sentido, ciertos subsidios sí podrán generar litigios ante la Organización los cuales, en todo caso, tomarán años para ser resueltos.

**i. Recomendaciones**

- **Para el Gobierno:** Cualquier política de subsidios tiene efectos fiscales que van más allá de la política comercial, pues implican un aumento del déficit fiscal y una redistribución de recursos hacia algunos actores sobre otros. Desde la perspectiva de la OMC, y en caso de adoptarse una política de subvenciones, Colombia deberá diseñarla de tal forma que la misma no esté condicionada a la exportación de producción industriales, o que la producción subsidiada tengan un contenido mínimo local. Pueden, por ejemplo, considerarse subsidios para MIPYMES o empresas de servicios, los cuales no violarían el derecho de la OMC.
- **Para la Misión de Colombia ante la OMC:** Es posible que exista cierto consenso respecto a la redefinición de las reglas de subsidios en la OMC. En ese contexto, una estrategia que facilitaría una transformación del modelo económico colombiano es la creación por consenso de una lista roja de subsidios absolutamente prohibidos, y una verde, de subsidios permitidos. En la primera pueden incluirse subsidios a los combustibles fósiles, de forma similar a como se han prohibido recientemente los subsidios a la pesca. Por su parte, en la lista verde pueden incluirse subsidios destinados a la protección de comunidades indígenas y raizales, o a la producción en áreas de conflicto armado – siempre sujeto a ciertos requisitos, por ejemplo, en cuanto a la renta per cápita del Estado que la subvenciona, límites de tiempo para que se abandonen los programas ineficaces y algunos requisitos de información y transparencia. Sin embargo, es importante tener en cuenta que las naciones desarrolladas pueden adoptar medidas compensatorias que compensen la subvención, para proteger su propia industria nacional. En este sentido, esta conversación en el contexto de la OMC debería ir acompañada de una norma diferenciada más estricta para establecer el “daño grave” a la industria de los países desarrollados cuando adopten medidas compensatorias contra las subvenciones en los Estados en desarrollo destinadas a proteger las industrias nacientes.

## B. MEDIDAS DE CONTENIDO MÍNIMO NACIONAL

Las medidas de contenido mínimo nacional son políticas que obligan a los productores extranjeros a obtener un porcentaje de insumos de proveedores locales. Por ejemplo, porcentajes obligatorios de contenido local para bienes y servicios, beneficios tributarios o arancelarios derivados de adquisiciones a proveedores nacionales, licencias de importación que buscan fomentar las compras nacionales de determinados productos, restringir ciertas líneas de negocio que sólo pueden ser realizadas por empresas nacionales o, de gran importancia en el contexto de la economía digital, la exigencia de que los datos deben ser almacenados o procesados en el territorio del respectivo Estado, o a través de productos o algoritmos que hayan sido probados por el respectivo Estado.

El uso de estas medidas está prohibido por las reglas de la OMC, en particular debido al principio de Trato Nacional, desarrollado en los artículos III.4 y III.5 del GATT. Esta prohibición también está cubierta en el artículo 2 del Acuerdo de la OMC sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC), y en la lista ilustrativa que figura en el Anexo a ese Acuerdo. Existe, adicionalmente, al interior de la OMC un Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP), que genera obligaciones sólo para las partes que lo han suscrito, entre los que no se encuentra Colombia.

Sin embargo, esta prohibición no se aplica para el sector de servicios, ni a la contratación pública, debido a lo previsto en el artículo III.8.a del GATT – aunque, como se visto anteriormente, si la estructura del requisito de producción local en contratación pública implica un subsidio, se estaría ante un subsidio prohibido en razón del artículo 3.1 del SMC. Sin embargo, aún la excepción de contratación pública ha sido reducida por parte de la OMC. En el caso Canadá – Energía Renovable, tanto el Grupo Especial<sup>51</sup> como el Órgano de Apelaciones de la OMC<sup>52</sup> consideraron que la excepción solo aplicaría a los productos en los que no hubiese reventa comercial, en los que el requisito de contenido local se encuentra en el producto supuestamente discriminado, siempre y cuando la contratación sea para una finalidad gubernamental.

Conclusión: Las medidas de contenido nacional mínimo están sujetas a reglas estrictas en la OMC y en general son lícitas solamente si pueden enmarcarse como medidas horizontales, o a través de contratación pública que no sea considerada como un subsidio, y que cumpla los estrictos requisitos de Canadá – Energía Renovable.

---

51 *Canada – Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector* Panel Report, WT/DS412/R, WT/DS426/R (19 Dec. 2012)

52 *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector* Appellate Body Report, WT/DS412/AB/R, DS426/AB/R (6 May 2013)

*ii. Recomendaciones:*

- **Para el Gobierno:** Las medidas de contenido mínimo nacional pueden ser importantes para el fomento de una política industrial. Para que las mismas sean ajustadas a las reglas de la OMC, deben ser formuladas de tal forma que estén relacionadas con la contratación pública para fines gubernamentales sin reventa; por ejemplo, la compra de insumos para entidades públicas, o en el segmento de servicios. Adicionalmente, y de manera excepcional, las medidas de contenido mínimo nacional podrán, excepcionalmente, ser justificadas como necesarias para proteger el medio ambiente, los recursos no renovables, la salud pública o la seguridad nacional, según lo permite el artículo XX del GATT.
- **Para la misión de Colombia ante la OMC:** El debate sobre contenidos nacionales continuará, particularmente respecto a las restricciones impuestas por Canadá – Energía Renovable. Convendría a Colombia intervenir en ese debate, ampliando el concepto de reventa para excluir la prestación de servicios por parte del Estado. Así, los servicios de transporte o alimentación no deberían ser considerados como “reventa” y no deberían estar cubiertos por la prohibición de medidas de contenido mínimo nacional. De igual forma, en la actualidad las medidas de contenido local por parte de contratistas del Estado, para efectos de su respectiva subcontratación estarían prohibidas - por ejemplo, un contratista vial que a su vez da beneficios de contenido local a sus proveedores. Esta interpretación debería restringirse, de forma tal que la excepción que la contratación estatal recibe pueda ser trasladados a los procesos de subcontratación.

## C. EMPRESAS PÚBLICAS

La propiedad y las operaciones del Estado han ganado atención en los últimos años – particularmente, en la medida que las empresas públicas (incluidos los fondos soberanos) desempeñan un papel cada vez más importante como inversionistas extranjeros. La creación de empresas estatales se ha justificado por diversas razones, como el desarrollo autónomo de ciertos avances tecnológicos claves (por ejemplo, piénsese en el caso de ciertas vacunas o medicinas) que requieren una cantidad significativa de inversiones demasiado arriesgadas para el sector privado, que pueden beneficiar a la sociedad, pero que tienen con escasa rentabilidad comercial.

Ahora bien, el artículo XVII del GATT exige que las empresas estatales actúen en el mercado “atendiendo exclusivamente a consideraciones de carácter comercial” y les prohíbe discriminar a productos extranjeros. Sin embargo, las empresas estatales podrían ser un vehículo para proporcionar subsidios. Por ese motivo, el artículo 1.1. del SMC prohíbe las contribuciones “de un gobierno o de cualquier organismo público” a una parte privada. A través de estas dos disposiciones, el régimen de

la OMC asume que la acción de una empresa estatal puede entenderse como un reflejo de una orden o política estatal, que incluye el comportamiento no comercial o discriminatorio de la empresa pública.

Las reglas de la OMC reflejan una posición ambivalente respecto a las empresas estatales. La ambivalencia surge del hecho de que las normas básicas que rigen las empresas estatales (principalmente del GATT) se redactaron después de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados, sobre todo en Europa, eran propietarios de empresas que utilizaban para dirigir el día a día de la economía.<sup>53</sup> Sin embargo, las normas sobre subvenciones de la OMC (y, en particular, el Acuerdo SMC) se negociaron en un momento completamente diferente: en la década de 1990, en el punto más alto del Consenso de Washington, cuando las empresas estatales eran vistas de manera sospechosa, sobre todo después de años de privatización tanto en el Norte Global como en el Sur. La noción de “organismo público” de las reglas de la OMC refleja esa naturaleza ambivalente de las empresas estatales, que a menudo son empresas privadas que, sin embargo, siguen siendo controladas por el Estado a través de su consejo de administración.<sup>54</sup>

Frente a esta ambivalencia, el Órgano de Apelación (OA) de la OMC decidió, en los casos *Estados Unidos – Medidas compensatorias (China)*<sup>54</sup> y *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*<sup>55</sup>, aplicar un criterio estricto en lo que respecta al vínculo entre la empresa y el gobierno, y consideró que las empresas estatales son relevantes en términos de subvenciones cuando se puede considerar que ejercen la autoridad gubernamental, por ejemplo, adoptando reglamentos o ejerciendo poderes de policía. El mero hecho de que el gobierno sea propietario no es suficiente, según el OA, para concluir que la acción de una empresa es un reflejo de la política gubernamental y, por tanto, debería convertir a la empresa en un “organismo público”.

Este enfoque del OA podría abrir el espacio para una política más activa de las empresas estatales en Colombia. De nuevo, es importante tener en cuenta que la región está saliendo de décadas de liberalización y privatización. Una política industrial activa que surja de este contexto requerirá empresas estatales que operen sobre la estructura privatizada de la sociedad colombiana; es decir, empresas estatales que adopten la forma de entidades privadas, pero que sean controladas por el Estado. Desde esa perspectiva, parece útil para el desarrollo de una política industrial que tales empresas estatales sean consideradas sólo excepcionalmente como entidades públicas, gozando en cambio de un amplio espacio de intervención en el mercado.

**Conclusión:** Las disciplinas de la OMC respecto de las empresas públicas son, en general, flexibles y se refieren a deberes de notificación y transparencia de las políticas y operaciones. Garantizan que las empresas estatales no utilicen sus poderes para actuar de forma incompatible con los principios de la OMC y que sus actividades se basen en consideraciones comerciales, para que dichas empresas no utilicen sus privilegios para crear un campo de juego no equitativo o de condiciones anticompetitivas.

<sup>53</sup> Véase Howse (n 51).

<sup>54</sup> Appellate Body, *United States – Countervailing Measures on Certain Products from China*, December 18, 2014, WT/DS437/AB/R, para. 4.167.

<sup>55</sup> Appellate Body, *US- Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, March 11, 2011, WT/DS379/AB/R, paras. 366-370.

De todas las políticas industriales, el uso de empresas públicas es la que disfruta de mayor espacio regulatorio por parte de la OMC.

### iii. **Recomendaciones**

- **Para el Gobierno:** Si bien la mayoría de los Estados de América Latina no han implementado una política industrial activa durante décadas (con la posible excepción de Brasil), su desarrollo futuro tendrá que permitir el desarrollo razonable de algunas empresas estatales, que proporcionarán empleo y financiación en la fase post-Corona del país. Para hacerlo, las reglas de la OMC, como existen en la actualidad, proveen suficiente espacio para el fortalecimiento de las empresas estatales sin contradecir el derecho de la OMC.
- **Para la misión de Colombia ante la OMC:** En la actualidad, la discusión central respecto a empresas públicas gira en torno al conflicto entre China y Estados Unidos sobre este tema en particular. Mientras que Estados Unidos no tiene empresas estatales de importancia, China utiliza una forma sui generis de gobernanza económica en la que las empresas estatales, pero también otras formas de influencia formal e informal sobre las empresas puramente privadas acaban facilitando la alineación constante de la actividad empresarial con los intereses del gobierno chino. Este tipo de dinámica del capitalismo de Estado no registra actualmente en las reglas de la OMC, razón por la cual Estados Unidos (y, en menor medida, Europa) buscan reducir la flexibilidad que existe actualmente respecto a empresas estatales.

Sin embargo, también está claro que los esfuerzos de los Estados latinoamericanos por intervenir en sus mercados liberalizados no tienen el impacto global de las estrategias chinas; es más, el gobierno chino ni siquiera necesita a las empresas estatales para influir en el comportamiento del mercado, ya que tiene a su disposición vías formales e informales para lograr dicha influencia. Por lo tanto, la labor clave de Colombia será la de adoptar una estrategia comercial diferenciando sus situaciones y demandas de la de China y su caso sui generis.

## A. POLÍTICA INDUSTRIAL Y ACUERDOS REGIONALES DE LIBRE COMERCIO

A pesar de que, como puede verse, las reglas de la OMC permiten cierto nivel de espacio regulatorio para la adopción de políticas industriales, es necesario considerar también las obligaciones derivadas de los acuerdos regionales de libre comercio de los que pueda hacer parte Colombia. En efecto, los acuerdos regionales con frecuencia incluyen reglas más estrictas que la OMC sobre acceso al mercado de bienes y servicios, derechos de propiedad intelectual, inversión extranjera, política de competencia, medio ambiente, trabajo, empresas públicas, comercio electrónico, competitividad y cadenas de suministro, contratación pública, obstáculos técnicos al comercio, transparencia en la tecnología

sanitaria y farmacéutica, los cuales pueden generar restricciones a la adopción de una política industrial que está ausente en la OMC.

En particular, los acuerdos regionales pueden reducir las flexibilidades de la OMC; por ejemplo, las flexibilidades en términos de empresas estatales. Adicionalmente, los acuerdos regionales pueden imponer mayores disciplinas en áreas cubiertas por la OMC (por ejemplo, en temas como derechos de propiedad intelectual, los tratados regionales imponen obligaciones TRIPS). Y, finalmente, los acuerdos regionales pueden también incluir reglas no cubiertas actualmente por la OMC, como, por ejemplo, la economía digital o la regulación de políticas de competencia. Sin embargo, los acuerdos regionales pueden también crear flexibilidades para política industrial, y reconocer de manera explícita que la protección de ciertos valores como el medio ambiente o los derechos laborales son también prioridad en la aplicación del respectivo tratado.

**Conclusión:** El entramado de tratados bilaterales y regionales de libre comercio, los cuales no forman parte del derecho de la OMC, tienen reglas específicas que pueden presentar restricciones importantes para una política industrial.

#### **iv. Recomendaciones**

- **Para el Gobierno:** El entramado de obligaciones jurídicas derivada de los tratados regionales de comercio suscritos por Colombia va más allá de sus obligaciones bajo el derecho de la OMC y por lo tanto no es cubierto en detalle en este documento. Así, el primer desafío es mantener un mapa actualizado de obligaciones relevantes para la política industrial. Es decir, un estudio similar al presente documento, aplicable a obligaciones regionales pertinentes a la política industrial – particularmente, en lo que tiene ver con obligaciones adicionales (esto es, con disciplinas más estrictas que aquellas impuestas por la OMC) en temas de propiedad intelectual, compras públicas y comercio en servicios. Adicionalmente, será importante verificar las reglas específicas sobre temas no incluidos actualmente en el derecho de la OMC, como lo es la economía digital. Finalmente, el desarrollo de una política industrial deberá utilizar a fondo las excepciones y flexibilidades incluidas en los acuerdos regionales, que no están

**Para la Misión colombiana ante la OMC:** Como es sabido, la OMC tiene competencia limitada sobre acuerdos regionales, según lo establecido en el artículo XXIV del GATT. Sin embargo, hay cierta discusión en el marco de la OMC, en el sentido de que los acuerdos regionales (y, particularmente, los llamados “megarregionales”, como el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica) deben ser más inclusivos y no minar las flexibilidades del sistema multilateral de la OMC. Existen ejemplos de flexibilidades en la OMC que pueden ser de

ejemplo: por ejemplo, los artículos 27.4 y 27.6 del SCM establecen períodos de transición, como también se hizo cuando se estableció la abolición del Acuerdo Multifibras (AMF), y la introducción de las reglas de patentes en el ADPIC incluyó un periodo de transición de diez años. Todos estos periodos de transición sirven como base para enviar la señal de que los acuerdos regionales deberán ser coherentes con el sistema multilateral y otorgar también flexibilidades similares cuando se regulen los mismos temas en acuerdos regionales, las cuales deberían también aplicar cuando se aborden nuevos temas que pueden tener un efecto en aquellos asuntos que, cuando fueron regulados en la OMC, fueron objeto de flexibilidades.

---

# III

## Derecho de la OMC y protección de la salud:

### Etiquetado de alimentos y productos de tabaco

#### **A. EL DERECHO DE LA OMC NO ES UN OBSTÁCULO PARA EL ETIQUETADO FRONTAL DE ALIMENTOS Y BEBIDAS.**

Los sellos frontales que advierten sobre el contenido en azúcares añadidos, sodio y grasas saturadas son compatibles con la regulación internacional en materia de libre comercio y, en particular, con el derecho de la OMC. La Organización Mundial del Comercio permite que sus miembros adopten reglamentos técnicos para proteger objetivos legítimos, como la salud pública. Para que sea permitida, la medida no puede discriminar entre productos nacionales e importados, o entre productos importados, debe ser necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, y debe ser transparente. Algunos TLC contienen compromisos adicionales, especialmente en materia de transparencia, que también deberán cumplirse.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que el Codex Alimentarius es un mínimo, pero no un límite, para las medidas nacionales encaminadas a proteger la salud pública. El Codex es un punto de partida para la elaboración de reglamentos técnicos relacionados con el etiquetado de azúcares añadidos, grasas saturadas y sodio, del que los gobiernos pueden alejarse si consideran que resulta inadecuado o ineficaz para alcanzar el objetivo de política pública trazado.

A continuación, se explicará por qué son compatibles con los compromisos multilaterales adquiridos por Colombia como miembro de la OMC y, segundo e íntimamente relacionado, se examinará la medida a la luz de las normas técnicas sobre alimentación compiladas por Codex Alimentarius.

### ***i. Etiquetado frontal y regulación de obstáculos técnicos al comercio en la OMC***

El etiquetado frontal está cubierto por las normas internacionales concernientes a los obstáculos técnicos al comercio (OTC). Los OTC son medidas que los gobiernos utilizan para realizar objetivos de política pública, como la protección de la salud, que prescriben condiciones que deberán cumplir determinados productos para ser comercializados en un mercado. Aunque no son medidas arancelarias, los OTC son regulados por la OMC porque, cuando no se implementan adecuadamente, pueden ocasionar restricciones al comercio. Ahora bien, una especie de OTC son los “reglamentos técnicos”. El etiquetado frontal de alimentos es un reglamento técnico.

#### **¿Qué es un reglamento técnico y por qué el etiquetado frontal debe ser considerado como tal?**

Según la OMC, es una medida que cumple las siguientes características: (a) constar por escrito; (b) debe ser aplicable a un producto o grupo de productos identificables; (c) debe establecer una o más características del producto; y, (d) su cumplimiento debe ser obligatorio. El etiquetado frontal nutricional cumple con esas características. (a) Primero, el rasgo de constar por escrito se satisfará si el modelo de etiquetado queda consagrado en un instrumento jurídico, como una ley o un reglamento. (b) Segundo, los productos a los que se aplique podrán ser identificados a partir de una característica en particular: el que su contenido nutricional resulte alto en azúcares añadidos, grasas saturadas, o sodio. (c) El tercer rasgo quedaría satisfecho si se exige que el etiquetado cumpla con ciertas especificaciones como color, tamaño, ubicación en el envase o empaque, e información sobre el contenido nutricional. Y, finalmente, (d) la medida será obligatoria si se establece que la etiqueta es condición para comercializar el producto en Colombia.

### ***ii. Los requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos según la normativa de la OMC***

Según el Acuerdo OTC de la OMC, el etiquetado nutricional frontal debe cumplir los siguientes requisitos: (a) no discriminar; (b) no restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido; y, (c) ser transparente. A continuación, se precisará el alcance de cada una de estas disciplinas.

#### ***a. A la no discriminación:***

El modelo de etiquetado frontal será compatible con la obligación de no discriminación salvo que confiera un tratamiento menos favorable a productos similares importados. Dicho tratamiento menos favorable podría ser de iure, es decir si es producto del diseño de la medida propiamente tal, o de facto, esto es, si surge como consecuencia de su implementación. El modelo de etiquetado frontal únicamente configuraría una discriminación de iure si es diseñado de modo tal que la exigencia de exhibir la etiqueta nutricional no aplique por igual a productos nacionales e importados de cualquier origen. Por el contrario, si la etiqueta es aplicable a los alimentos y bebidas envasados para consumo humano sin importar su origen, no habrá discriminación de iure.

Sin embargo, no es suficiente con descartar que exista discriminación de iure. También es necesario

verificar que una medida formalmente neutra respecto al origen de los productos no genere, en la práctica, un efecto más adverso sobre ciertos productos que con respecto a otros. Para determinar en qué circunstancias se materializaría esta discriminación de facto, dos factores entran en juego.

El primero es si existe similitud entre los productos afectados de manera diferenciada. Para establecer tal similitud, la OMC se basa en criterios como las propiedades físicas de los productos, sus usos finales, los hábitos y preferencias de los consumidores, y la clasificación arancelaria. Estos criterios interactúan entre sí a la luz de las relaciones de competencia que existan entre los productos en cuestión. Para los efectos del etiquetado frontal nutricional, una bebida carbonatada podría considerarse como un producto similar a una bebida energizante si se encuentra que, a pesar de tener distintos ingredientes, compiten en un mismo mercado, ya que los consumidores las perciben como sustituibles entre sí.

El segundo factor a tener en cuenta para determinar si hay discriminación de facto es verificar si el reglamento técnico (en este caso, el etiquetado frontal) confiere un trato menos favorable a productos importados similares. Para tal efecto, un trato menos favorable será aquel que altere las condiciones de competencia. Así, la cuestión de si hay un tratamiento menos favorable se determina con base en el mercado, es decir, examinando si existe una relación directa entre la medida y el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados.

En conclusión, el etiquetado frontal debe ser exigido sin discriminación alguna a los productos nacionales y a los productos importados, así como a todos los productos importados que cumplan los requisitos (y no solamente a algunos viniendo de ciertos países). De no haber discriminación, el etiquetado frontal es válido ante la OMC.

Excepcionalmente, aún si se llegara a comprobar que el etiquetado frontal da un trato menos favorable a productos importados similares, tal trato podrá ser justificado en razón de una distinción reglamentaria legítima, la cual depende del objetivo de la medida. En el caso del etiquetado frontal, el objetivo de la distinción sería la salud pública, la cual es un objetivo aceptable.

Sin embargo, esta posibilidad es excepcional, porque la protección de la salud pública no puede implicar una medida proteccionista oculta. Es decir, los reglamentos técnicos destinados a la protección de la salud deben buscar solamente ese objetivo, y no usar ese objetivo para proteger a ciertos productores nacionales, o favorecer a un importador sobre otro. Así, en el caso de Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, se concluyó que el trato menos favorable dado por un reglamento técnico a los cigarrillos de clavo de olor de origen indonesio, en comparación con el trato dado a los cigarrillos mentolados de origen nacional, no se derivaba de una distinción reglamentaria legítima. En dicho caso, Estados Unidos alegó razones de salud pública para justificar que los cigarrillos mento-

lados fueran exceptuados de la prohibición general de cigarrillos aromatizados, la cual cobijaba a los cigarrillos de clavo de olor importados. En particular, dada la gran cantidad de población adulta que fuma cigarrillos mentolados en ese país, la excepción supuestamente buscaba evitarle al sistema de salud estadounidense los costos asociados con la atención de los síntomas de abstinencia que experimentarían los fumadores de esos cigarrillos, en caso de prohibirlos. Asimismo, argumentó que existía, de una parte, el objetivo de prevenir el tabaquismo entre los menores y, de otra, el riesgo de que se creara un mercado negro y de contrabando de cigarrillos mentolados. Sin embargo, según la OMC, la medida de Estados Unidos era inconsistente con objetivo que buscaba alcanzar. El problema era que los cigarrillos mentolados, como cualquier otro cigarrillo aromatizado, también tienen el potencial de inducir a los jóvenes al consumo de tabaco. Tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados tienen la característica de promover el tabaquismo en edad temprana y, por tanto, desde la óptica del objetivo legítimo declarado por Estados Unidos, no se justificaba que recibieran un trato diferente.

**i. Recomendaciones respecto a la no – discriminación:**

**• Para el Gobierno:**

Al gobierno: Un modelo de etiquetado nutricional frontal es permitido con tal de que no se utilice como un mecanismo para tratar de manera menos favorable a productos importados similares. Si la misma llegara a tener un efecto adverso de facto sobre los productos importados, este pueda ser excepcionalmente explicado en función del objetivo legítimo: la salud pública. Así, será importante que, al establecer el modelo de etiquetado, que el mismo sea aplicado a productos nacionales e importados por igual, y que se aduzca con claridad que el objetivo que se persigue es proteger la salud pública en relación con el consumo de alimentos altos en azúcares añadidos, grasas saturadas y sodio.

*b. No restringir el comercio más de lo necesario:*

El etiquetado frontal no puede restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, esto es, la salud pública. La determinación de la necesidad de un reglamento técnico implica analizar de manera conjunta el grado en que se restringe el comercio, el grado en que contribuye al logro del objetivo de política pública subyacente, y los riesgos que conllevaría no alcanzar dicho objetivo. Además, implica realizar un análisis comparativo con posibles medidas alternativas que, siendo menos restrictivas del comercio, se encuentren razonablemente disponibles. A continuación, explicaremos cada uno de esos términos:

Primero, identificación de un objetivo de política pública: Es necesario identificar con toda claridad el objetivo legítimo de política pública que busca alcanzarse ¿Qué es un objetivo legítimo a la luz del Acuerdo OTC? El propio Acuerdo enumera, en su artículo 2.2., una lista de posibles objetivos legítimos, entre los que se encuentran la prevención de prácticas que puedan inducir a error y la protección de la salud o seguridad humanas. Así, debe dejarse claro que el etiquetado frontal busca proteger la salud pública.

Segundo, idoneidad del reglamento técnico para alcanzar el objetivo: Además de enunciar que el etiquetado frontal persigue la protección de la salud pública, es menester verificar que tal medida en efecto

contribuye a alcanzar dicho objetivo. Por ejemplo, en la cuestión Australia – Empaquetado genérico del tabaco, la OMC analizó si las reglas de etiquetado plano de tabaco adoptadas por Australia contribuían a mejorar la salud pública. La conclusión fue que las medidas contribuían a dicho objetivo al reducir el consumo y la exposición a los productos de tabaco. Con todo, es importante aclarar que la OMC no exige que un reglamento técnico conlleve la realización plena y absoluta del objetivo definido, sino que, de manera razonable, realice una contribución a la consecución del objetivo. Por ejemplo, en Estados Unidos – EPO1, fue suficiente que las prescripciones de etiquetado en carne de bovino y porcino contribuyeran, por lo menos “en cierto grado”, al logro del objetivo declarado en esa medida (informar al consumidor sobre el origen de la carne).

Tercero, necesidad: si un reglamento técnico persigue un objetivo legítimo y contribuye razonablemente a alcanzarlo, resta determinar si crea un obstáculo innecesario al comercio. Esto quiere decir que cierto grado de restricción al comercio como resultado de la aplicación de reglamentos técnicos es permitido por el Acuerdo OTC, siempre y cuando no exista una alternativa razonable al reglamento técnico para lograr el mismo nivel de protección del objetivo.

El reglamento que se busca adoptar. Sin embargo, el Artículo 2.5 del Acuerdo de la OTC provee una valiosa excepción a esa regla. Según esta norma, se presume que un reglamento es “necesario” si busca alcanzar un objetivo legítimo de política pública, y está conforme a normas internacionales pertinentes. En el caso del etiquetado frontal, las “normas pertinentes” pueden ser las recomendaciones nutricionales de Organización Mundial de la Salud (OMS). Esta estrategia, sin embargo, requiere dos pasos. Toda vez que las recomendaciones de la OMS relativas al etiquetado e ingesta de alimentos no tienen una ubicación uniforme en un único instrumento, es necesario primero identificar con precisión los instrumentos, y sus componentes, que, tomados en conjunto, constituyen el documento que contiene la norma. Y, segundo, será necesario probar que las recomendaciones de la OMS conducen a un *uso común y repetido* de prescripciones en materia de etiquetado. Es decir, prescripciones compartidas de manera frecuente con el propósito de conseguir un grado óptimo de orden en la prevención de enfermedades, y que el hecho que países como Ecuador, Perú y Chile hayan adoptado diferentes modelos de etiquetado bajo el argumento de acogerse a las mismas recomendaciones emitidas por la OMS, no afecta su carácter de norma internacional relevante.

## **ii. Recomendaciones para establecer que el etiquetado frontal no es “innecesariamente restrictivo del comercio” bajo el Acuerdo OTC**

- **Para el Gobierno:**

- a) Manifestar sin ambigüedad que el objetivo perseguido es la salud pública. Específicamente, la protección de la salud pública en relación con el consumo de alimentos altos en azúcar, grasas y sodio. Todo esto, a fin de facilitar la caracterización del objetivo como legítimo, dado que la constatación de que el objetivo de una medida figura entre los enumerados artículos 2.2 del Acuerdo de OTC pone fin a la indagación sobre su legitimidad.

b) Hay que especificar que el propósito del etiquetado frontal es proteger la salud pública, lo cual se constituye como el primer paso para que el etiquetado frontal se beneficie de la presunción de legalidad establecida en el artículo 2.5 del Acuerdo de OTC. En este marco, es clave identificar las recomendaciones tanto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) que quieren hacerse valer como “normas internacionales pertinentes”, con el objetivo de invocar la presunción del artículo 2.5 del Acuerdo OTC.

c) Procurar suficiente evidencia científica que explique los umbrales a partir de los cuales el consumo de determinados nutrientes constituye un riesgo para la salud. En este contexto, las recomendaciones de la OMS y la OPS son de importancia. En adición a la posibilidad de las mismas constituyan, como se explicó en la recomendación 1.b, una norma internacional pertinente es también posible que éstas entren a justificar la necesidad de la medida de etiquetado frontal, bajo el artículo 2.2. del Acuerdo OTC. En este orden, Colombia deberá acreditar que solo si se adoptan estas recomendaciones es posible lograr el grado de realización o protección del objetivo legítimo subyacente.

## **B. TRANSPARENCIA**

El último conjunto de disciplinas que emanan del Acuerdo OTC son los procedimientos que deben surtirse con anterioridad a la expedición e implementación de un reglamento técnico. Se trata en particular de ciertas obligaciones de transparencia que, en relación con una futura política colombiana sobre etiquetado nutricional, implican informar oportunamente a la OMC sobre la medida, de modo que los demás miembros de la Organización la conozcan y puedan formular objeciones.

La notificación a los demás miembros de la OMC comienza con la publicación de un aviso relativo a la propuesta de la medida, el cual es enviado por el gobierno colombiano a la Secretaría de la OMC mediante el Sistema de Presentación de Notificaciones, y se surte a partir de los modelos de notificación dispuestos para tal efecto. En Colombia, la entidad que realiza esta notificación es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Colombia tiene experiencia en este proceso. De acuerdo con Sistema de Gestión de la Información de la OMC, existen 681 relativos a notificaciones hechas por Colombia, de las cuales 85 han tenido que ver con etiquetado.

Una vez hecha la notificación del modelo de etiquetado frontal nutricional, la propuesta será discutida en las sesiones del Comité de Obstáculos Técnicos de Comercio (Comité OTC). Sin embargo, la aprobación del Comité no es un requisito para la implementación del reglamento. Se trata, más bien, de dar a conocer la intención legislativa del gobierno colombiano, particularmente la manera en que éste desea hacer frente a una cuestión de salud pública, para escuchar observaciones y sugerencias que faciliten adoptar el reglamento técnico. Países como Chile y Ecuador, entre otros, han notificado sus propuestas de etiquetado nutricional a la OMC, las cuales fueron posteriormente discutidas por el

Comité OTC. De hecho, Chile y Ecuador adoptaron sus respectivos modelos de etiquetado nutricional frontal sin que, a la fecha, hayan recibido reclamaciones por parte de los demás miembros de la OMC. Finalmente, la obligación de transparencia también implica conceder un plazo prudencial de por lo menos seis meses, entre la publicación de una medida y su entrada en vigor, de modo que las empresas puedan adaptarse a la nueva reglamentación.

### C. Los TLC

Los TLC se ubican en el ámbito de regulación del comercio internacional denominado preferencial. Esto porque estos instrumentos básicamente consisten en el otorgamiento de preferencias arancelarias y de condiciones de acceso a los mercados entre los países suscribientes. En este sentido, cuando dos o más Miembros de la OMC suscriben entre sí un TLC, se espera que adquieran compromisos que profundicen en la liberalización del comercio logrado mediante la normatividad que emana de dicho Organismo internacional. Así, en lo que respecta a reglamentos técnicos, la mayoría de los TLC celebrados por Colombia contienen obligaciones que, en esencia, reafirman los compromisos multilaterales que las partes del tratado ya tienen bajo el Acuerdo OTC.

#### *i. Transparencia reforzada: Participación de “personas”*

Sin embargo, algunos TLC de Colombia tienen ciertas disposiciones relativas a los reglamentos técnicos que van más allá de las normas de la OMC. Por ejemplo, en el capítulo sobre OTC del TLC con los EE.UU., Colombia se comprometió a permitir que *personas* de las otras partes participen en el proceso de desarrollo de reglamentos técnicos. El TLC no precisa el alcance de tal compromiso. Sin embargo, una lectura holística de otras disposiciones del propio tratado en materia de transparencia apuntaría a que, efectivamente, se le permita a la industria participar en la discusión de los reglamentos técnicos que planea implementar Colombia.

En efecto, nótese que, mientras la notificación en virtud del Acuerdo OTC está dirigida a los demás Miembros de la OMC para que puedan formular observaciones, en el TLC la comunicación de la medida (aunque en esencia se surta conforme al procedimiento previsto en el Acuerdo OTC) parece ir dirigida a “personas”. Así, la discusión del etiquetado frontal que se adopte deberá implicar una consulta con sociedad civil, la academia, la industria de alimentos y el propio gobierno nacional. Esto no solo evidencia que el modelo surgió en el marco de un contexto regulatorio orientado a la protección de la salud pública en relación con el consumo de alimentos altos en azúcares añadidos, grasas saturadas y sodio, sino también que se contó con la participación de la industria alimentaria.

#### *ii. Recomendaciones relacionadas con transparencia:*

- **Para el Gobierno:** Cumplir con los deberes de transparencia, informando oportunamente a la OMC sobre la medida de manera que los miembros de la Organización la conozcan y formulen observaciones. Además, el alcance y funcionamiento de la medida deberá ser suficientemente explicado a los productores y comercializadores de los productos cobijados por la medida, a quienes deberá concedérseles un plazo prudencial para que se adecuen a las prescripciones en materia de etiquetado.

## D. EL CODEX ALIMENTARIUS

Los obstáculos técnicos al comercio son un género, con dos especies: los “reglamentos técnicos”, que son obligatorios, y las “normas”, también llamadas “estándares”, que son documentos no obligatorios, aprobados por una institución de normalización reconocida, que dan directrices respecto a ciertos productos para ser usadas de forma común y repetida, pero cuya observancia es voluntaria. Ese es el caso del Codex Alimentarius.

### ¿Qué es el Codex Alimentarius?

Es una compilación de normas técnicas internacionales, adoptada por una comisión mixta de la Organización de las Naciones Unidas para la Salud (FAO) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo es lograr en el mayor grado posible la armonización en las políticas de OTC y medidas sanitarias y fitosanitarias, y así facilitar el comercio mundial. Para el caso del etiquetado frontal, la relevancia de este instrumento radica en que se espera que los Miembros de la OMC basen sus reglamentos técnicos en normas internacionales pertinentes, como las consagradas en el Codex.

A pesar de ser voluntarios, los estándares internacionales, como el Codex Alimentarius, tienen relevancia para el diseño de los reglamentos técnicos, como el etiquetado frontal. El Artículo 2.4 del Acuerdo OTC exige que los estados utilicen “normas internacionales pertinentes” como “base” de sus reglamentos técnicos.

En este marco, es clave entender que el Codex Alimentarius es un piso, pero no un techo, para los reglamentos técnicos que buscan proteger la salud pública. En primer lugar, el Artículo 2.4 da a los Estados cierta flexibilidad respecto a la forma en que sus reglamentos técnicos usan “como base” el estándar internacional. Además, el mismo Artículo 2.4 estipula que un Estado puede decidir divergir del estándar internacional, cuando considera que las normas internacionales pertinentes son ineficaces o inadecuadas para perseguir algún objetivo legítimo según el nivel de protección que dicho Estado considere adecuado.

Así, el reglamento de etiquetado frontal en Colombia podría ir más allá de lo establecido por el Codex Alimentarius, bajo dos argumentos alternativos:

**(a)** A pesar de ir más allá del estándar del Codex, la política de etiquetado frontal colombiana es en todo caso adoptada “con base” en el estándar. En efecto, según la primera frase del Artículo 2.4 del Acuerdo OTC, se podrá sostener que el reglamento de etiquetado fue desarrollado “con base” en el estándar del Codex, caso en el cual corresponde a Colombia probar que hay una relación cercana entre el reglamento y el estándar del Codex --- particularmente, que el estándar Codex CXG 2-1985 (“Directrices Sobre Etiquetado Nutricional”), es “componente principal”, “principio determinante” o “principio fundamental” del reglamento de etiquetado colombiano.

**(b)** Alternativamente, la política de etiquetado frontal colombiana puede ir más allá de lo dispuesto en el Codex, en los términos la segunda frase del Artículo 2.4 del Acuerdo OTC, la cual permite a un reglamento divergir del estándar del Codex si éste último es un “medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos”. Al sostener que el estándar del Codex no es suficiente para proteger la salud pública, la carga de la prueba se revierte, y corresponde a la parte demandante probar por qué el estándar internacional sí es eficaz y apropiado para alcanzar el objetivo buscado, como la salud pública.

***i. Recomendaciones respecto al Codex Alimentarius:***

- **Para el Gobierno:** El Codex Alimentarius es un piso, pero no un techo, para los reglamentos técnicos que buscan proteger la salud pública. El etiquetado frontal puede ir más allá del Codex, hecho que puede justificarse por uno de dos caminos: (a) según la primera frase del Artículo 2.4 del Acuerdo OTC, se podrá sostener que el reglamento técnico de etiquetado fue desarrollado “con base” en el estándar del Codex. O, alternativamente, (b) Colombia puede afirmar, en los términos la segunda frase del Artículo 2.4 del Acuerdo OTC, que su reglamento diverge del estándar del Codex, caso en el cual le corresponde afirmar qué éste último es un “medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos”, como la salud pública.

**E. EL DERECHO DE LA OMC NO ES UN OBSTÁCULO PARA EL ETIQUETADO NEUTRO DE TABACO**

La regulación del empaquetado de productos de tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores ha sido materia de discusión en numerosas oportunidades en organismos internacionales que ofrecen espacios para la deliberación y la solución de controversias con fundamento en las normas y los principios

del derecho internacional económico. Una de las instituciones donde más se suscitan tales discusiones es la OMC. Por ejemplo, en una comunicación dirigida a los Miembros de la OMC, el representante de otro organismo internacional, la Organización Mundial de la Salud (OMS), puso en perspectiva los problemas sociales asociados a la epidemia del tabaquismo.<sup>56</sup> Para la OMS, el tabaco es el único producto de consumo legal que causa la muerte de hasta la mitad de las personas que lo consumen, toda vez que fumar es un factor de riesgo para varias de las principales causas de muerte en el mundo, y se trata de la principal causa de muerte evitable. Sin embargo, en opinión de la OMS, el tabaco no solo es una amenaza para la salud pública. En efecto, el documento se refiere a los costos económicos para el presupuesto público asociados a las enfermedades no transmisibles cuya principal causa de riesgo es el tabaco, a la relación entre tabaquismo y pobreza, a la pérdida de productividad debido a que el producto enferma a quienes están en su mayor etapa productiva, e incluso a los daños medio-ambientales relacionados con el tabaco.

Una preocupación recurrente en relación con el tabaquismo es que las consecuencias adversas del consumo de tabaco se exacerban gracias a las estrategias de comercialización y publicidad utilizadas por la industria tabacalera. Concretamente, el empaquetado, embalaje, envasado y etiquetado de los productos de tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores se usa para inducir a las personas a iniciar, mantener o reincidir en el hábito de fumar.<sup>57</sup> Así, en atención a la instrumentalización de las estrategias de comercialización y publicidad, el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de 2003 establece, en sus Artículos 11 y 13, restricciones específicas al mercadeo, publicidad y empaquetado de productos de tabaco, señalando obligaciones concretas respecto de las características y condiciones del empaquetado y etiquetado de los productos mencionados.

Ambos artículos han servido como criterio para articular a escala global un contexto regulatorio de reglamentación de la venta y el uso de los productos de tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores.

---

<sup>56</sup> Véase: Empaquetado normalizado de los productos de tabaco, declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Documento G/TBT/GEN/175 de diciembre 4 de 2014.

<sup>57</sup> Por ejemplo, el considerando 27 de la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados, menciona que: **“Los productos del tabaco o sus paquetes pueden inducir a error a los consumidores, especialmente a los jóvenes, cuando sugieren que los productos son menos nocivos. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas palabras o características, como «con bajo contenido de alquitrán», «light», «ultra-light», «suaves», «naturales», «orgánicos», «sin aditivos», «sin aromas», «slim», o determinados nombres, fotografías e ilustraciones u otros signos. Otros elementos que pueden inducir a error son, sin carácter limitativo, los colores, prospectos interiores u otro material adicional como etiquetas adhesivas, pegatinas, prospectos exteriores, fundas o «rascables», o los que están relacionados con la forma del propio producto del tabaco. Determinados empaquetados y productos del tabaco también pueden inducir a error a los consumidores sugiriendo que tienen un carácter beneficioso para la pérdida de peso, el atractivo sexual, el estatus o la vida social o cualidades como la feminidad, masculinidad o elegancia.**

Asimismo, el tamaño de los cigarrillos individuales también puede inducir a error a los consumidores al dar la impresión de ser menos nocivos. Ni las unidades de envasado de los productos del tabaco ni su empaquetado exterior deben incluir material impreso, ofertas de descuento, la distribución gratuita, u ofertas de «dos por uno», ni ninguna otra oferta similar que pueda sugerir ventajas económicas para los consumidores, incitándolos así a comprar tales productos del tabaco (sin resaltes en el original).

Es en este contexto regulatorio global de preocupación por las consecuencias nocivas del tabaquismo que surgen las medidas de empaquetado genérico o normalizado aplicables a los productos en cuestión. Estas buscan quitarles el atractivo a los empaques y a las etiquetas de tales productos mediante exigencias como son prohibir el uso de logotipos y demás signos distintivos de carácter figurativo, proscribir el empleo de términos o expresiones que sugieran una menor nocividad, requerir el uso de colores homogéneos que no sean vistosos, o que los elementos nominativos de las marcas aparezcan en letras muy pequeñas. También se suele requerir un mayor despliegue en los empaques de las advertencias sanitarias, y que estas consten de imágenes que desincentiven la práctica de fumar.

Este tipo de regulaciones de empaquetado genérico de tabaco puede generar cuestionamientos ante la OMC, particularmente en lo que respecta a la regulación de obstáculos técnicos al comercio y propiedad intelectual. Hasta el momento el único litigio originado en la OMC concerniente al empaquetado genérico aplicable al tabaco es el de las medidas adoptadas por Australia en 2011. La controversia surgió luego de que varios Miembros de la OMC entendieron la incompatibilidad de tales medidas con algunas de las obligaciones que le incumben a Australia como miembro de la OMC.

Estas obligaciones se encuentran estipuladas, preponderantemente, en los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).<sup>58</sup> En 2018, se conoció el informe del Grupo Especial (GE) a cargo de dirimir la controversia.<sup>59</sup> Por las razones que se exponen más adelante, el GE constató que las exigencias de empaquetado genérico de Australia no eran incompatibles con la normativa de la OMC. Posteriormente, el Órgano de Apelación (OA) emitió en 2020 su informe por el cual desestimó la solicitud de algunos reclamantes de revocar las conclusiones del GE.<sup>60</sup>

### ***i. Empaquetado genérico y regulación de obstáculos técnicos al comercio en la OMC***

Analizando las medidas australianas de empaquetado genérico, el GE de la OMC constató que las mismas constituían un reglamento técnico en el sentido del Acuerdo OTC,<sup>61</sup> decisión que no fue

---

58 Véase, respectivamente, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1995) y Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (1995).

59 Informe del Grupo Especial, *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos*, WT/DS435/R; WT/DS441/R; WT/DS458/R; WT/DS467/R (adoptado el 28 de junio de 2018) [los reclamantes eran Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia].

60 Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos*, WT/DS435/AB/R; WT/DS441/AB/R (adoptado el 9 de junio de 2020).

61 Informe del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párr. 7.171 y siguientes.

apelada por ninguna de las partes en litigio.<sup>62</sup> Concretamente, el GE constató que la medida sí se aplicaba a un grupo de productos expresamente identificado, esto es, a los productos de tabaco. También constató que las exigencias relativas al aspecto de los productos de tabaco, incluidas aquellas concernientes a la manera en que las marcas y otros signos distintivos podían ser expuestas en los empaques, constituían características de tales productos. Finalmente, constató que se trataba de medidas de obligatorio cumplimiento porque, entre otras razones, existían mecanismos de observancia para asegurar su cumplimiento.

Como aspectos clave del análisis efectuado por el GE, cabe destacar que éste adujo que es posible establecer las características de un producto mediante prescripciones sobre la forma en que pueden exhibirse las marcas y demás signos distintivos en los productos y sus empaques.<sup>63</sup> También arguyó que las medidas objeto de litigio constituían un reglamento técnico porque en Australia los productos de tabaco solo podían comercializarse si cumplían ciertas prescripciones relativas a su aspecto y empaquetado, incluyendo las limitaciones al uso de las marcas de fábrica.<sup>64</sup>

Consecuentemente, si una medida de empaquetado genérico adoptada en Colombia tiene rasgos similares, también sería un reglamento técnico y, como tal, estaría sujeta a las obligaciones emanadas del Acuerdo OTC. En general, tanto el GE como el OA reconoció que las medidas de etiquetado genérico adoptadas por Australia no vulneraban el derecho de la OMC, particularmente en lo relativo a su compatibilidad con el Acuerdo OTC. En efecto, del caso pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la compatibilidad entre las medidas de empaquetado genérico y el Acuerdo OTC:

- Luego de la controversia ha quedado acreditado que las medidas de empaquetado genérico son capaces de contribuir a reducir el consumo de tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores.
- Aunque las medidas puedan generar efectos restrictivos sobre el comercio, el Acuerdo OTC admite que los reglamentos técnicos produzcan cierto grado de restricción al comercio. Lo importante es que tal restricción no se salga del espectro de lo necesario.
- Determinar precisamente la necesidad de una medida de empaquetado genérico implica tener en consideración su grado de contribución al logro de objetivos de salud pública, teniendo en cuenta los riesgos de no alcanzar tales objetivos. Así, es importante que desde la OMC se haya reconocido que combatir el tabaquismo es un objetivo vital. En efecto, la importancia del objetivo es lo que determina la valoración de los riesgos que se derivarían de no alcanzarlo, lo cual, a su vez, determina el margen de apreciación del que goza el Estado para elegir como desea lograr el objetivo en cuestión.

62 Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párr. 6.6.

63 Informe del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párr.7.145 a 7.158.

64 *Ibidem*, párr. 7.163.

- La viabilidad de medidas alternativas estará sujeta a que estas contribuyan equivalentemente al logro de los objetivos de salud pública, al tiempo que sean menos restrictivas del comercio. Como se constató en la controversia objeto de análisis, esto limita el argumento a favor de sustituir el empaquetado genérico con otras medidas como la tributación, ya que estas también son restrictivas del comercio.
- Se deberá informar oportunamente a la OMC sobre la medida de manera que los miembros de la Organización conozcan la medida y formulen observaciones, tarea que recae en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Además, el alcance y funcionamiento de la medida deberá ser suficientemente explicado a los productores y comercializadores de los productos cobijados por la medida, a quienes deberá concedérseles un plazo prudencial para que se adecuen a las prescripciones en materia de empaquetado.

**ii. Recomendaciones:**

- Para el Gobierno: Los elementos de las políticas adoptadas en Australia que fueron objeto de impugnación, pero que salieron avante luego de la revisión judicial internacional, son evidencia de que el derecho de la OMC provee actualmente suficiente espacio regulatorio para la adopción de medidas de empaquetado genérico de tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores, sin que el Estado que las adopte incumpla sus obligaciones internacionales. El derecho de la OMC, en suma, no es un obstáculo para la adopción de medidas de empaquetado genérico de productos de tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores.
- Sin embargo, las medidas de empaquetado genérico no deben ser adoptadas de manera abrupta o inconexa con otras iniciativas regulatorias. Al contrario, su adopción debe ser parte de una estrategia regulatoria amplia de lucha contra el tabaquismo que combine varias medidas o enfoques regulatorios. Esto ha sido trascendental para que tribunales internacionales consideren que las medidas se adoptan de buena fe y con apego a criterios de razonabilidad. Asimismo, la combinación de diversas estrategias de regulación permite resaltar los aportes específicos que hacen las medidas de empaquetado genérico y, de esta forma, formular argumentos en apoyo de por qué deben ser consideradas como necesarias.
- Ninguna medida de empaquetado genérico debe ser adoptada o implementada de forma discriminatoria. La medida debe aplicar por igual a empresas locales y extranjeras, y aplicar a todos los productos que sean similares, incluidos sus derivados, sucedáneos e imitadores. Para satisfacer las exigencias de razonabilidad, una medida de empaquetado genérico deberá estar precedida de un cúmulo de estudios técnicos y científicos sobre su pertinencia y relevancia en el contexto regulatorio colombiano.
- Finalmente, se deberá informar oportunamente a la OMC sobre la medida de manera que los miembros de la Organización conozcan la medida y formulen observaciones, así como a los actores de la industria relevantes.

## F. Objeciones al empaquetado genérico de tabaco y el Acuerdo sobre los ADPIC

Un eje de las medidas adoptadas en 2011 por Australia era la prohibición del uso de logotipos y demás signos distintivos de carácter figurativo, así como la exigencia que los elementos nominativos de las marcas aparecieran en las cajetillas en letras muy pequeñas. Por consiguiente, no sorprende que la mayoría de las objeciones a las medidas de empaquetado genérico de Australia se hicieran al amparo del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*ADPIC*).

### *i. El artículo 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC*

Uno de los argumentos esgrimidos al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC para impugnar las medidas australianas de empaquetado genérico fue que éstas infringían el Artículo 16.1, el cual establece que “el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión (...)”.

Concretamente, el argumento gravitaba en torno a que un derecho marcario está asociado a la posibilidad de usar la marca, y que tal uso es la fuente del carácter distintivo que se protege cuando se le confiere al titular el derecho exclusivo de impedir usos de signos idénticos o similares en productos idénticos o similares cuando se genere una probabilidad de confusión. En otras palabras, el punto de los reclamantes era que, al prohibir el uso de las marcas de tabaco como resultado de las exigencias de empaquetado genérico, Australia erosionó su carácter distintivo y, por ende, redujo las posibilidades de ocurrencia de eventos en los que pudiera haber confusión. Seguidamente, la menor incidencia de casos de probable confusión traía consigo la afectación efectiva del derecho de los titulares de oponerse a usos no autorizados de sus marcas. En efecto, si se prohíbe el uso de las marcas estas pierden su carácter distintivo, haciendo menos probable que ocurran situaciones de confusión que son las que permiten ejercer el derecho de oposición consagrado en el Artículo 16.1. De manera que, en últimas, lo que alegaban los reclamantes era que el alcance de la obligación derivada de este Artículo implica que los Miembros de la OMC deben abstenerse de establecer reglamentaciones que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas que, a su vez, es condición esencial para ejercer el derecho de oponerse a usos no autorizados que puedan generar confusión.

El GE no estuvo de acuerdo con los demandantes, y consideró que las medidas australianas de empaquetado genérico no violaban el Acuerdo sobre los ADPIC. De acuerdo con el GE, el elemento central del artículo 16.1 es permitir emprender acciones en casos de infracción marcaria, en lugar de proteger contra el debilitamiento del carácter distintivo por causas como cambios en las condiciones del mercado, la inacción del titular de los derechos o los cambios en la percepción de los consumidores.<sup>65</sup> Consecuentemente, el GE manifestó que la simple reducción de los casos en los que pueda existir una probable confusión no significa que se infrinja el Artículo 16.1 porque el elemento central del derecho allí establecido se circunscribe a conferir mecanismos para impedir que terceros hagan usos que constituyan infracciones marcarias.<sup>66</sup>

65 Ibidem, párr. 7.2011.

66 Ibidem, párr. 7.2001.

Así, el argumento principal de los reclamantes fundado en el artículo 16.1 fue desestimado por el GE. La conclusión de este podría resumirse en que una reducción de los casos en los que exista una probabilidad de confusión (a raíz de la pérdida del carácter distintivo de la marca) no conlleva la infracción del Artículo 16.1 porque el compromiso de los Estados con fundamento en este es proporcionar mecanismos para que el titular de la marca pueda actuar en caso de infracciones. Por el contrario, la obligación no implica comprometerse a preservar el carácter distintivo de las marcas propiamente. Los reclamantes impugnaron ante el OA esta conclusión del GE. Al examinar la cuestión de si el GE había incurrido en error en la interpretación del artículo 16.1, el OA constató que el titular de una marca puede ejercer frente a terceros el derecho exclusivo que le otorga el Artículo 16.1 de oponerse a usos no autorizados, más no frente al Estado miembro de la OMC que le concedió el registro de la marca.<sup>67</sup> Así, la obligación de los Miembros de la OMC se refiere a garantizar que sus sistemas jurídicos confieran a los titulares de las marcas mecanismos jurídicos para el ejercicio del derecho de impedir usos marcarios cuando se satisfagan las condiciones de aplicación del artículo 16.1.<sup>68</sup> Finalmente, el OA reafirmó el entendimiento que el artículo 16.1 no prevé un derecho a hacer uso de la marca, sino un derecho de contenido negativo a impedir determinados actos de infracción, ni concede el derecho a proteger el carácter distintivo de la marca a través del uso.<sup>69</sup> Consecuentemente, no se mostró en desacuerdo con la manifestación del GE con respecto a que los Miembros no están obligados a garantizar el carácter distintivo de las marcas a través del uso,<sup>70</sup> aunque en otro aparte del informe admitió que el riesgo de que haya probabilidad de confusión sí está asociado con la función distintiva de la marca.

## *ii. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC*

En segundo lugar, los reclamantes argumentaron que las medidas australianas de empaquetado genérico infringían el artículo 20 del ADPIC, en virtud del cual “no se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales”. Según los reclamantes, las medidas de empaquetado genérico eran incompatibles con este artículo porque imponían exigencias especiales que complicaban el uso de las marcas de tabaco en el curso de operaciones comerciales y de forma injustificada.<sup>71</sup>

El OA nuevamente rechazó esta línea de argumentos, y concluyó que las medidas australianas no violaban el derecho de la OMC. Primero, el OA encontró que el artículo 20 no prohíbe per se cualquier medida que imponga complicaciones al uso de una marca, sino en tanto implique exigencias especiales injustificadas.<sup>72</sup> Consecuentemente, como lo manifestó el OA, podrá haber circunstancias en que la complicación sea justificable, desmintiendo así la postura de uno de los reclamantes para quien el

---

67 Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párr. 6.581.

68 Ibidem párr. 7.2.

69 Ibidem paras 6.587 y 6.588.

70 Ibidem párr. 6.592.

71 Informe del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, paras 7.2132. y 7.2134. a 7.2138.

72 Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párr. 6.641.

Acuerdo sobre los ADPIC contiene una prohibición general de complicaciones al uso de las marcas.<sup>73</sup>

Relacionado con lo anterior, la segunda conclusión del OA es que nada en el texto del artículo 20 permite inferir la existencia de un derecho de contenido positivo a usar una marca en el curso de operaciones especiales.<sup>74</sup> Tercero, manifestó el OA, el contenido del Artículo 20 no supone una excepción a los derechos conferidos por una marca, sino la obligación positiva a cargo de los Miembros de la OMC de abstenerse de complicar injustificadamente el uso de las marcas.<sup>75</sup> Seguidamente, el OA estuvo de acuerdo con la constatación del GE de que el criterio jurídico para discernir infracciones al artículo 20 conlleva demostrar que una complicación al uso de una marca en el curso de operaciones comerciales, que a su vez resulta en exigencias especiales, es injustificable.<sup>76</sup>

Cuarto, que en el contexto del artículo 20 el término “injustificablemente” se refiere al grado de racionalización que es necesario proporcionar al fijar las exigencias que compliquen el uso de una marca.<sup>77</sup> Quinto, que el término “injustificablemente” refleja que los Miembros de la OMC tienen un grado de autonomía regulatoria al establecer complicaciones al uso de las marcas.<sup>78</sup> El OA concordó además con que aquello que resulta “justificable” implica un mayor grado de autonomía regulatoria que cuando otras normas de la OMC utilizan el término “necesario”.<sup>79</sup>

Quinto, que los objetivos de salud pública pueden ser un motivo para imponer exigencias especiales que compliquen el uso de una marca.<sup>80</sup> De esta forma el OA se apartó de la posición de uno de los reclamantes que alegaba que no toda complicación es susceptible de ser justificable, sino solo aquellas que están directamente vinculadas a la marca, como cuando una marca puede inducir a error o engaño.<sup>81</sup>

Sexto, el OA respaldó el criterio jurídico articulado por el GE para establecer que un uso está siendo complicado injustificadamente. El OA señaló que el criterio jurídico en cuestión implica examinar: a.) la naturaleza y magnitud de las complicaciones teniendo en cuenta que los titulares tienen un interés legítimo a usar sus marcas; b.) las razones por las cuales se impusieron las exigencias especiales; y c.)

---

73 Ibidem.

74 Ibidem párr. 6.642.

75 Ibidem párr. 6.643.

76 Ibidem.

77 Ibidem párr. 6.646.

78 Ibidem párr. 6.647.

79 Ibidem párr. 6.651.

80 Ibidem párr. 6.649.

81 Ibidem párr. 6.648.

demostrar de qué modo estas razones apoyan las complicaciones resultantes.<sup>82</sup>

Séptimo y último, el OA estuvo de acuerdo con el GE en que no es necesario analizar medidas alternativas como parte del criterio para establecer que una complicación resulta injustificable, si bien también señaló estar de acuerdo con el argumento de aquel que cuando se verifica que existían alternativas que evidentemente afectaban en menor escala el uso de las marcas, podría considerarse como evidencia de que la complicación es injustificada.<sup>83</sup>

### *iii. El artículo 15.4 del Acuerdo sobre los ADPIC*

Finalmente, en el proceso de examinar la compatibilidad de las exigencias de empaquetado genérico con el Acuerdo sobre los ADPIC, el GE efectuó otras constataciones que, sin embargo, no fueron apeladas por los reclamantes. Una de ellas es la relativa al artículo 15.4 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta norma preceptúa que “la naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca.”<sup>84</sup> Para los reclamantes las medidas australianas infringen este artículo porque afectan de tres maneras el registro de marcas: a.) impiden el registro de signos que no son intrínsecamente distintivos y no han adquirido aún carácter distintivo como resultado de su uso, pero que podrían adquirir tal carácter si se permitiera su uso; b.) impiden que los signos no verbales nuevos que no son intrínsecamente distintivos adquieran carácter distintivo mediante su uso y; c.) reducen la protección que surge a partir del registro para las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco a causa de la naturaleza del producto.<sup>85</sup>

El GE estableció que para demostrar una infracción del artículo 15.4 debía acreditarse la existencia de un obstáculo para el registro de la marca y, además, que ese obstáculo obedece a la naturaleza del producto o servicio al que se aplicaría la marca.<sup>86</sup> Al hacerlo, aclaró que el artículo se refiere a obstáculos para el registro de signos o combinaciones de signos que puedan registrarse como marca. A continuación, el GE concluyó que el artículo 15 impone a los miembros la obligación de considerar que signos que sean capaces de distinguir bienes o servicios constituyan una marca, pero no exige el registro como marca de signos que no sean intrínsecamente distintivos y que no hayan adquirido aún tal carácter a través de su uso.

El problema con el argumento de los reclamantes al amparo del artículo 15.1 es que esta disposición

82 Ibidem párr. 6.651.

83 Ibidem paras 6.654 y 6.655.

84 En la misma línea, refiriéndose al registro de marcas, el Artículo 134 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece que “[l]a naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro”.

85 Informe del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, para. 7.1819.

86 Ibidem párr. 7.1823.

se refiere a los signos que desempeñan una función distintiva y que tienen la posibilidad de registrarse como marca, caso en el que la naturaleza de los productos no deberá ser un obstáculo para el registro. Pero no se refiere a que los miembros tengan la obligación de garantizar el uso de signos que, sin ser intrínsecamente distintivos, no han adquirido la condición de distintividad a través del uso.<sup>87</sup> Es decir, la disposición que presuntamente habría sido infringida realmente no abarca signos que aún no desempeñan una función distintiva y que, por consiguiente, no son susceptibles de registro.<sup>88</sup>

Por tal motivo, fracasó el reclamo de que las medidas de empaquetado genérico, al prohibir el uso de ciertos signos, impedía el registro de marcas que podrían adquirir el carácter distintivo a través del uso, o que marcas que aún no gozaban de distintividad adquirieran tal condición por el uso.

Con respecto a la cuestión de si las medidas eran incompatibles con el artículo 15.4 porque reducían la protección que confiere el registro marcario por causas relacionadas con la naturaleza del producto, el GE estableció que dicho artículo limita los motivos de denegación del registro de una marca, pero no regula lo concerniente al alcance y el contenido de la protección que emana del registro, aún en lo relacionado a la naturaleza del producto o servicio.<sup>89</sup> Esto toda vez que la norma en cuestión se refiere solo al registro en lugar de a la protección obtenida por el acto del registro, que seguirá existiendo para las marcas sujetas a las exigencias de empaquetado genérico

Por consiguiente, el GE concluyó que las consecuencias que las restricciones al uso de determinados signos en los productos de tabaco en virtud de las medidas de empaquetado genérico no constituyen infracciones del artículo 15.4 del Acuerdo sobre los ADPIC

#### iv. Recomendaciones

**Al Gobierno:** En conclusión, las constataciones del GE y el OA permiten afirmar que sí existe evidencia técnica y científica suficiente para que la decisión de adoptar políticas de empaquetado genérico se considere que está debidamente sustentada. Además, la evidencia señala que este tipo de medidas son idóneas para alcanzar las metas de salud pública que se trazan los Estados en relación con el control del tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores. En consecuencia, los Estados tienen la facultad de regular el uso de productos con una alta nocividad como el tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores. Inclusive, imponiendo límites al uso de signos distintos en la comercialización de estos, particularmente porque no existe un derecho absoluto al uso de la marca oponible a los Estados.

87 Ibidem párr. 7.1873.

88 De hecho, en el Artículo 135 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina se señala que no podrán registrarse como marcas los signos que carecen de distintividad.

89 Informe del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párr. 7.1908.

---

## IV

---

# Transición Energética

En los últimos años la preocupación por las crisis ambientales ha comenzado a adquirir un papel protagónico en las discusiones a nivel global. Hoy sabemos que las agendas en materia económica, política y social se verán directamente afectadas por la emergencia ambiental. Aun a pesar de esta preocupación, la conducta de los actores involucrados a nivel local e internacional no han estado, en su mayoría, acompañadas de acciones ni compromisos concretos o, incluso, vinculantes para los Estados. De hecho, la inacción regulatoria respecto de los detonantes más críticos de la crisis ambiental ha llevado a pensar a expertos sobre un punto de no retorno<sup>1</sup>. Esta creciente preocupación, sobre todo de la comunidad científica, ha situado las discusiones sobre la necesidad de una transición energética en el centro de las agendas regulatorias de los Estados a futuro.

Las crisis energética y ambiental, asociadas al cambio climático, a la pérdida de diversidad, deforestación, sobreexplotación de los océanos, extinción de las especies y contaminación del aire, agua y de los suelos están directamente vinculadas con la explotación de los recursos naturales de las industrias extractivas (*i.e.* petróleo, gas, minería) y con las prácticas agrícolas y pecuarias insostenibles. Esta aproximación al uso de los recursos es, para muchos, el resultado de un modelo económico que plantea un crecimiento económico infinito y que sitúa el libre comercio y la libertad de las operaciones empresariales como el pilar fundamental para la solución de los problemas mundiales.

En ese sentido, las discusiones sobre transición energética se sitúan mucho más allá de la sola sustitución de combustibles fósiles por fuentes de energía renovable e implican un debate profundo en torno al modelo de desarrollo económico predominante. Sin duda, estos debates ponen a la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) en el centro de atención de estas discusiones y plantean desafíos importantes para los países que aún buscan encontrar un balance entre sus obligaciones en materia de comercio internacional y los imperativos regulatorios para enfrentar las crisis energética y ambiental.

---

<sup>1</sup> Matt McGrath, *Climate change: IPCC report warns of ‘irreversible’ impacts of global warming*, BBC NEWS, February 28, 2022, <https://www.bbc.com/news/science-environment-60525591> (última visita Sep 12, 2022).

## A. TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Para la Agencia Internacional de Energía Renovable (“AIER”) la transición energética es una ruta hacia la transformación del sector energético mundial<sup>2</sup>. Esta consiste en transitar de un modelo energético basado en combustibles fósiles a un modelo que permita la reducción a cero de las emisiones de carbono en la segunda mitad del siglo. En ese sentido, el punto esencial de esta transición se enmarca en la necesidad de reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> para limitar la crisis del cambio climático. De esta manera, se asume que la descarbonización del sector energético requiere de una acción urgente a escala global. Ahora bien, aunque la transición energética global está en marcha, es necesario tomar más medidas para reducir las emisiones de carbono y mitigar los efectos del cambio climático. Las energías renovables y las medidas de eficiencia energética pueden lograr potencialmente el 90% de las reducciones de carbono necesarias<sup>3</sup>.

Aunque esta primera noción de transición energética aborda algunos puntos esenciales, como la migración de un modelo energético basado en combustibles fósiles y de fuentes de energía no renovables, la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub>, y la relación directa entre la crisis climática, energética y el exceso de consumo de estos combustibles, aún se queda corta en otros aspectos. En parte, porque al hablar de una transición energética es importante situar ésta en un marco más amplio, que permita que este proceso sea justo y sostenible a nivel ambiental, social y cultural.

La transición energética, entonces, se enmarca en un proceso que invita a una transición global y estructural. Así, se trata de un proceso de paso de una matriz energética en la que predominan las energías fósiles a una matriz de energías limpias. Esta noción “más amplia” supone, por lo menos dos asuntos relevantes; (i) por un lado, reconocer el desescalonamiento natural de los sectores de petróleo y gas que se ha comenzado a ver durante los últimos años en el mundo<sup>45</sup>, y la probabilidad de un eventual desescalonamiento del carbón; y (ii) por otro lado, la gradualidad con la que se deben realizar estos procesos, en particular, por la alta dependencia económica, social y cultural en combustibles fósiles.

Una noción cada vez más integral de la transición energética pone de presente la necesidad de entender que para una transformación estructural se deben, entre otras, enfocar los esfuerzos tanto en la oferta, como en la demanda, por lo que más que una simple sustitución de unas fuentes de energía por otras, es necesario repensar las lógicas económicas y culturales sobre las cuales se basan las prácticas del mercado global y de los ciudadanos, y que perpetúan un modelo insostenible<sup>6</sup> e injusto en el que

---

2 IRENA, *Energy Transition*, (2022), <https://www.irena.org/energytransition> (última visita Sep. 12, 2022).

3 IRENA, *Energy Transition*, (2022), <https://www.irena.org/energytransition> (última visita Sep 12, 2022).

4 BNamericas, *Producción de petróleo y gas de Colombia bajó en enero del 2022*, BNAMERICAS.COM (2022), <https://www.bnamericas.com/es/noticias/produccion-de-petroleo-y-gas-de-colombia-bajo-en-enero-del-2022> (last visited Sep 18, 2022).

5 Banco Mundial, *Avances en la reducción de la quema de gas en el mundo se estancan en la última década*, WORLD BANK (2022), <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2022/05/04/a-decade-of-stalled-progress-on-reducing-global-gas-flaring> (last visited Sep 18, 2022).

6 Luca Ferrari, *Los límites materiales de la transición energética*, (2022), <https://www.revistaserendipia.com/ciencia/e3-energía-ecología-economía/los-limites-materiales-de-la-transición-energética/> (last visited Sep 18, 2022).

existen graves inequidades respecto del acceso a la energía global. Estos elementos son indispensables para no caer en la simple sustitución a un modelo de energías limpias que obedezca a las mismas lógicas extractivistas y de crecimiento económico ilimitado e insostenible<sup>7</sup>.

### *¿Una transición justa y sostenible?*

Hablar de una transición justa y sostenible a nivel global, implica abordar tres grandes crisis<sup>8</sup>: (i) la crisis energética material<sup>9</sup>; (ii) la crisis ecológica<sup>10</sup>; y (iii) la crisis social<sup>11</sup>.

La **crisis energética material** supone, en línea con el planteamiento sobre el desescalamiento natural de algunos de los sectores extractivistas más importantes, entender que hemos rebasado los límites de la producción de petróleo y de las materias primas no renovables. En parte, esto implica pensar que el desarrollo industrial y tecnológico con todos los servicios que se dan por sentado (*i.e.*, internet, agua potable, comida, gasolina, electricidad) han sido construidos y generados sobre fuentes altamente contaminantes, como los combustibles fósiles.

Aunque hasta finales del siglo XX se utilizaban estas mismas fuentes contaminantes, para este momento del crecimiento económico aún podía hablarse de fuentes concentrables y controlables que eran abundantes y asequibles. Sin embargo, desde la década pasada se empezó a ver que estos combustibles son cada vez más difíciles y escasos; los campos de petróleo y gas son cada vez más pequeños, profundos y difíciles de explorar, y la extracción de carbón es cada vez más difícil, costosa y de menor calidad<sup>12</sup>. Por supuesto, esta escasez y dificultad en la extracción ha implicado un aumento de los precios en el mercado global y, para el caso del petróleo convencional, ha centrado la atención en sus sustitutos (*i.e.*, petróleo y gas de lutitas o esquistos, arenas bituminosas, petróleo ultrapesado, etc.), los cuales, además de ser recursos de menor calidad, requieren de técnicas especiales, con mayor costo de extracción e impacto ambiental (*i.e. fracking*)<sup>13</sup>.

El descenso energético global tiene múltiples consecuencias geopolíticas y respecto del comercio

---

7 Ignacio Mártil de la Plaza, *Reto de la energía - hacia un nuevo modelo energético*, OPENMIND (2021), <https://www.bbvaopenmind.com/ciencia/medioambiente/el-reto-de-la-energia-la-transicion-hacia-un-nuevo-modelo-energetico/> (last visited Sep 18, 2022).

8 Alfredo Gómez C., *El conflicto ambiental: “realidad que debe abordarse integralmente,”* 15 IATREIA 43–49 (2002), [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0121-07932002000100005&lng=en&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0121-07932002000100005&lng=en&nrm=iso&tlng=es) (last visited Sep 18, 2022); ENAIDY REYNOSA NAVARRO, *CRISIS AMBIENTAL GLOBAL. CAUSAS, CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES PRÁCTICAS* (2015), <https://www.academica.org/ern/16> (last visited Sep 18, 2022).

9 Matt Egan, *El mundo puede estar acercándose a una crisis energética como la de la década de 1970, o peor*, CNN (2022), <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/03/mundo-crisis-energetica-1970-trax/> (last visited Sep 18, 2022).

10 IBERDROLA, *¿Cómo afecta el cambio climático a la economía y la sociedad?*, IBERDROLA (2022), <https://www.iberdrola.com/sostenibilidad/impacto-del-cambio-climatico> (last visited Sep 18, 2022).

11 Araceli Damián, *Crisis global, económica, social y ambiental*, 30 ESTUDIOS DEMOGRÁFICOS Y URBANOS 159–199 (2015), [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0186-72102015000100159&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0186-72102015000100159&lng=es&nrm=iso&tlng=es) (last visited Sep 18, 2022).

12 UNITED NATIONS, *Global impact of war in Ukraine: Energy crisis*, (2022), [https://news.un.org/pages/wp-content/uploads/2022/08/GCRG\\_3rd-Brief\\_Aug3\\_2022\\_FINAL.pdf](https://news.un.org/pages/wp-content/uploads/2022/08/GCRG_3rd-Brief_Aug3_2022_FINAL.pdf).

13 Robert B. Jackson et al., *The Environmental Costs and Benefits of Fracking*, 39 ANNU. REV. ENVIRON. RESOUR. 327–362 (2014), <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-environ-031113-144051> (última visita Sep 15, 2022).

internacional, entre esas: (i) el aumento de los precios de todos los bienes industriales y agrícolas, que a su vez incrementó el índice de precios a los consumidores finales; (ii) la disrupción de las cadenas de suministro globales e insumos industriales y críticos (*i.e.*, microchips, plásticos, fertilizantes); y (iii) la disminución en la oferta y el aumento del costo de los productos básicos (*commodities*) que son extraídos normalmente por países ricos de países del Sur Global<sup>14</sup>. Si bien muchas de estas consecuencias han sido explicadas a la luz de la guerra entre Rusia y Ucrania como un asunto temporal, la realidad es que el estrés sobre estos recursos es una realidad material; cada vez se requiere más energía y dinero para producir lo mismo que se producía hace 100 años<sup>15</sup>. La energía neta que nos queda para estas actividades es cada vez menor.

Por otro lado, la **crisis ecológica** supone que, aunque el cambio climático es un punto crítico, este es solo uno de los múltiples problemas ocasionados por el Antropoceno<sup>16</sup> (Capital-oceno). De esta manera, el cambio climático junto con la deforestación, la sobreexplotación de los océanos, la extinción de las especies, la pérdida y destrucción de la biodiversidad, y la contaminación del agua, aire y suelo son todas consecuencias del crecimiento acelerado, asociado con la civilización industrial y el capitalismo global<sup>17</sup>.

Finalmente, la **crisis social** involucra abordar la creciente desigualdad del consumo energético, pues hay una minoría derrochadora y altamente contaminante en relación con una población que está cada vez en mayor pobreza energética, inestabilidad social y política. De hecho, a nivel mundial, se estima que el 10% más rico de la población mundial es responsable de casi el 50% de las emisiones de gases de efecto invernadero (“GEI”), y que históricamente los 23 países más ricos del mundo han emitido los mismos GEI que los restantes 150 países<sup>18</sup>. Por supuesto, esta desigualdad también se ve reflejada en distintas regiones como América Latina en donde el 10% más rico de la población produce emisiones 7 veces mayores de GEI que la población más pobre<sup>19</sup>.

### ***Interacción entre la transición energética y el crecimiento económico***

Las crisis descritas tienen en común el modelo económico dominante global. En particular, porque este modelo defiende un crecimiento “infinito” y exponencial que parece ignorar ciencias como la física y la geología, al no considerar que la economía es un subsistema dependiente del suministro de energía y materias primas *agotables* que, a través de su consumo y explotación, producen desechos

---

14 Jason Hickel et al., *Imperialist appropriation in the world economy: Drain from the global South through unequal exchange, 1990–2015*, 73 GLOBAL ENVIRONMENTAL CHANGE 102467 (2022), <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S095937802200005X> (última visita Sep 15, 2022).

15 ISTAS, *Energía*, INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, AMBIENTE Y SALUD, <https://istas.net/medio-ambiente/energia-cambio-climatico-y-centro-de-energias-renovables-y-empleo/energia> (last visited Sep 17, 2022).

16 El Antropoceno se refiere a una época geológica propuesta por una parte de la comunidad científica que propone el reemplazo del Holoceno, debido al significativo y grave impacto global que ha tenido la actividad humana sobre los ecosistemas terrestres.

17 Corey J. A. Bradshaw et al., *Underestimating the Challenges of Avoiding a Ghastly Future*, 1 FRONT. CONSERV. SCI. 615419 (2021), <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcosc.2020.615419/full> (última visita Sep 12, 2022).

18 OXFAM INTERNATIONAL, *Combatir la desigualdad de las emisiones de carbono*, (2020), <https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/el-1-mas-rico-de-la-poblacion-emite-mas-del-doble-de-carbono-que-la-mitad-mas-pobre-de> (última visita Sep 12, 2022).

19 *Ibidem*

y degradado<sup>20</sup>.

Todas las crisis involucradas en una transición energética amplia, justa y sostenible se sitúan en un contexto económico global que asume que el crecimiento económico infinito basado en la extracción de recursos naturales no solo es posible, sino que además es el llamado a solventar la pobreza global<sup>21</sup>. Esto, incluso a pesar de que lejos de combatir la pobreza, el crecimiento económico adoptado bajo este modelo ha ampliado la brecha de ingreso entre los países del “centro” y los de la “periferia” del mundo<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, entre 1990 y 2015, los países del Norte Global continuaron la extracción desenfrenada de recursos materiales, económicos y energéticos del Sur Global por un valor de 10.8 billones, cifra que habría sido suficiente para acabar con la pobreza extrema 70 veces<sup>23</sup>.

Lo anterior retoma la discusión con respecto a la noción “amplia” de transición energética, pues es claro que pensar esta transición como un simple cambio de tecnología que permita la sustitución de los combustibles fósiles por energías renovables, bajo el mismo modelo económico extractivista, está lejos de poder mitigar y solventar las crisis ambientales que enfrenta el mundo<sup>24</sup>. Asumir esta posición es limitar la comprensión del problema y dejar de abordar las causas estructurales que lo han originado y perpetuado durante los últimos años. Igualmente, supone un desconocimiento del origen, el mantenimiento y las consecuencias que conlleva la utilización y el reemplazo de combustibles fósiles por fuentes de energía renovable, pues, al igual que otros recursos naturales, estas no pueden ser pensadas como fuentes infinitas e ilimitadas<sup>25</sup>.

De hecho, hoy todas las fuentes de energía renovable dependen, en alguna medida, de energías fósiles<sup>26</sup>. En particular, porque la construcción de la infraestructura necesaria para producir las energías renovables requiere de cantidades crecientes de energía fósil, agua y materias primas en todo su ciclo de vida, lo cual genera emisiones contaminantes para el agua, el aire y los residuos sólidos<sup>27</sup>. Por ejemplo, la infraestructura solar y eólica requiere de energías fósiles para el transporte de los minerales, la fabricación de los generadores o paneles, la construcción, el mantenimiento y desmantelamiento de las plantas. Aún no existen suficientes minerales para electrificar el proceso de transporte y

20 Thomas W. Murphy, *Limits to economic growth*, 18 NAT. PHYS. 844–847 (2022), <https://www.nature.com/articles/s41567-022-01652-6> (última visita Sep 12, 2022).

21 Jason Hickel et al., *Imperialist appropriation in the world economy: Drain from the global South through unequal exchange, 1990–2015*, 73 GLOBAL ENVIRONMENTAL CHANGE 102467 (2022), <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S095937802200005X> (última visita Sep 15, 2022).

22 Jason Hickel et al., *Imperialist appropriation in the world economy: Drain from the global South through unequal exchange, 1990–2015*, 73 GLOBAL ENVIRONMENTAL CHANGE 102467 (2022), <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S095937802200005X> (última visita Sep 15, 2022); CEPAL, *Trapped? Inequality and Economic Growth in Latin America and the Caribbean | United Nations Development Programme*, (2021), <https://www.undp.org/latin-america/publications/trapped-inequality-and-economic-growth-latin-america-and-caribbean> (last visited Sep 17, 2022).

23 *Ibidem*

24 Eduard Barbier, *Why the green transition is key to safeguarding democracy*, WORLD ECONOMIC FORUM (2022), <https://www.weforum.org/agenda/2022/07/green-energy-transition-democracy-economy/> (última visita Sep 15, 2022).

25 ALICIA VALERO, ANTONIO VALERO & GUIOMAR CALVO, *THE MATERIAL LIMITS OF ENERGY TRANSITION: THANATIA* (2021).

26 Simon P Michaux, *Assessment of the Extra Capacity Required of Alternative Energy Electrical Power Systems to Completely Replace Fossil Fuels* (2021), <http://rgdoi.net/10.13140/RG.2.2.34895.00160> (última visita Sep 12, 2022).

27 MICHAEL GREENSTONE & ISHAN NATH, *Do Renewable Portfolio Standards Deliver Cost-Effective Carbon Abatement?*, (2020), <https://bfi.uchicago.edu/working-paper/do-renewable-portfolio-standards-deliver-cost-effective-carbon-abatement/> (última visita Sep 15, 2022).

almacenamiento de estos<sup>28</sup>. El concreto y el acero hoy requieren del carbón y, aunque no es imposible sustituirlo, aún parece muy lejano hablar de un reemplazo total por fuentes limpias. Igualmente, en el caso de la energía hidroeléctrica y geotermia, aunque representan ventajas por tratarse de fuentes controlables y despachables, estas ya han sido altamente explotadas<sup>29</sup>. De esta manera, sin una alternativa plausible y limpia para garantizar la infraestructura adecuada, la producción de energías limpias será solo una extensión de la dependencia en los combustibles fósiles.

## B. COMERCIO INTERNACIONAL: ACUERDOS DE LA OMC

Los puntos anteriores demuestran la interdependencia entre el modelo económico global, la industria extractivista y las crisis ambientales. Un cambio sistémico para un descenso próspero del consumo de energías fósiles implica (i) un cambio de la globalización hacia el incremento de la producción y el consumo local; (ii) que exista una agricultura no dependiente de la industria de combustibles fósiles, en particular, que se promueva la agroecología y las dietas vegetarianas; (iii) la disminución del consumismo y la eliminación de la obsolescencia programada para lograr la producción de bienes que puedan ser reciclados, reusados y que sean más duraderos; (iv) imponer un tope al consumo de la población más rica para lograr mayor justicia social a través de la equidad en la distribución de los recursos; y (v) transformar cultural y socialmente la noción de desarrollo y progreso colectivo e individual, entre otros.

Como se ve, todas estas alternativas que estarían incluidas en el marco de una transición energética justa y sostenible suponen la transformación estructural del modelo económico predominante en el mundo y que ha sido reflejado, en gran medida, a través de las políticas y compromisos adquiridos en materia de comercio internacional bajo la OMC<sup>30</sup>. De esta manera, aunque podemos hablar de medidas que faciliten este modelo de comercio internacional, en particular, a través del comercio de productos “limpios”, pero que involucran la utilización de combustibles fósiles, el punto más crítico al que se enfrenta la OMC es a una posible transformación de los valores que sitúan al comercio por encima de otros bienes no comerciales.

Teniendo en cuenta que bajo la estructura económica actual de la OMC se busca privilegiar el comercio “libre”, con pocas limitaciones, a partir de políticas multilaterales y que, aunque reconocen la existencia de otros valores globales no comerciales (*i.e.*, medio ambiente, salud pública) igualmente se posicionan los valores de libre comercio como prioritarios y la libertad regulatoria de los Estados sobre materias no comerciales está supeditada a estos. Por un lado, en el Acuerdo de Marrakech, se incluye en el primer recital del preámbulo la intención de armonizar el comercio internacional con valores no comerciales como la protección y preservación del medio ambiente. Sin embargo, de la lectura de este apartado es claro que el libre comercio se plantea como la ruta prioritaria al asumirse como la mejor alternativa para elevar los niveles y estándares de vida, lograr el empleo, y el aumento

---

28 Simon P Michaux, *Assessment of the Extra Capacity Required of Alternative Energy Electrical Power Systems to Completely Replace Fossil Fuels* (2021), <http://rgdoi.net/10.13140/RG.2.2.34895.00160> (última visita Sep 12, 2022).

29 ALICIA VALERO, ANTONIO VALERO & GUIOMAR CALVO, *THE MATERIAL LIMITS OF ENERGY TRANSITION: THANATIA* (2021).

30 1 STEFAN ZLEPTNIG, *CHAPTER ONE. FREE TRADE AND ITS LIMITS* (2010), [https://brill.com/view/book/9789047440956/Bej.9789004178601.i-421\\_003.xml](https://brill.com/view/book/9789047440956/Bej.9789004178601.i-421_003.xml) (última visita Sep 12, 2022).

constante de la producción y del comercio de bienes y servicios<sup>31</sup>. Quizá en consonancia con el interés de algunos miembros de balancear la posibilidad regulatoria en materia de medio ambiente con los compromisos ante la OMC en 1994 se adoptó la Decisión ministerial sobre comercio y medio ambiente que estipuló la creación del Comité de Comercio y Medio Ambiente (“CCMA”).

Ahora bien, aunque no existe un acuerdo específico relativo a la regulación de las medidas adoptadas para la protección del medio ambiente, sí existen disposiciones que, aunque no directamente, pueden tener incidencia sobre la regulación en materia ambiental. Por un lado, en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”<sup>32</sup>) se incluyen excepciones, en el artículo XX, a las prohibiciones generales de medidas que puedan distorsionar el comercio. En particular, los literales (b) y (g) hablan de medidas necesarias para la protección de la vida y salud de personas, animales, y plantas, y medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, respectivamente.

En el contexto del artículo XX, el órgano de solución de diferencias ha examinado medidas relacionadas con el medio ambiente. Por ejemplo, en uno de los primeros casos ante el Órgano de Resolución de Disputas, *Estados Unidos – Gasolina*, el Grupo Especial (“GE”) concluyó que la medida de reglamentación de gasolinas que tenía como fin disminuir la contaminación de la atmósfera en Estados Unidos, a través de la aplicación de estándares más estrictos sobre los químicos de la gasolina importada en relación con los estándares aplicados a la gasolina nacional, era incompatible con la obligación de trato nacional contemplada en el artículo III del GATT, y el Órgano de Apelación (“OA”) determinó que, a pesar de que la medida encajaba en los términos del párrafo g, no cumplía con los requisitos del encabezado del artículo XX GATT.

Otra discusión relevante es la suscitada a raíz del caso de las *Comunidades Europeas – Amianto (Asbesto)*, pues en el análisis de las medidas que prohibían la importación, venta y uso de amianto con el fin de proteger la salud humana, el Grupo Especial encontró que los productos que contenían amianto y eran importados desde Canadá eran similares, en los términos exigidos por el artículo III del GATT, a los productos sustitutivos que se estaban utilizando en Francia. El GE encontró justificada la medida en los términos del párrafo b del artículo XX GATT por considerar que la medida era necesaria para la protección de la salud y la vida de las personas. Aunque el OA también resolvió a favor de las Comunidades Europeas, lo hizo por razones diferentes. En particular, al considerar que aspectos como los riesgos a la salud de un producto debían ser tenidos en cuenta para la determinación de su similitud que, en todo caso, debía ser analizada caso a caso.

Este punto de análisis del OA abrió la discusión frente a los métodos o procesos de producción (“PMP”), pues un punto importante a considerar en el contexto de la Organización, sobre todo en el marco de medidas medio ambientales, es si la forma de fabricación de un producto podría justificar

---

31 En particular, el primer recital del preámbulo del Acuerdo de Marrakech, dispone: “Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”.

32 Por sus siglas en inglés: *General Agreement on Tariffs and Trade*

un trato diferente a otros productos que, incluso, tenían características físicas idénticas<sup>33</sup>. Aunque en términos generales, no puede entenderse que los PMP afecten, *per se*, el examen de similitud entre los productos, el OA en *Comunidades Europeas – Amianto* dejó abierta esta posibilidad al plantear que el test de similitud debe determinarse caso a caso. La discusión anterior no es menor, pues si bien para efectos del comercio internacional dos productos, por ejemplo, uno fabricado a partir de combustibles fósiles y otro con energías limpias, podrían ser considerados “iguales” o “similares” bajo los términos exigidos por el GATT o por el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (“OTC”), el impacto ambiental de cada uno puede ser completamente diferente.

Por supuesto, se ha argumentado que, incluso si bajo una aplicación estricta de los criterios de similitud no se permite considerar la forma de fabricación de los productos finales, esta evaluación podría incluirse en el análisis sobre las hábitos y preferencias de los consumidores. Sin embargo, esto supone que los consumidores conozcan de la diferencia en los PMP de distintos productos, a través, por ejemplo, de una medida de etiquetado que estaría cubierta bajo el Acuerdo OTC.

Actualmente, ante la OMC existen procesos por medidas que buscan la disminución de las emisiones contaminantes por uso de combustibles fósiles. Por ejemplo, el caso de la *Unión Europea y determinados Estados miembros – Aceite de palma*, Malasia solicitó la composición de un Grupo Especial por considerar que algunas medidas adoptadas respecto del aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite procedentes de Malasia eran incompatibles con obligaciones bajo el Acuerdo OTC<sup>34</sup>, Acuerdo SMC<sup>35</sup> y GATT<sup>36</sup>. Malasia se opone a los objetivos planteados por la Unión Europea en materia de energías renovables, así como a los criterios para determinar cuáles son las materias primas con riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra, de sostenibilidad y de reducción de GEI. Igualmente, Malasia argumentó en contra de las regulaciones impuestas por Francia y Lituania que buscan aplicar un impuesto general, en el caso del primero, sobre las actividades contaminantes y un impuesto sobre los combustibles en el caso de Lituania.

Para Colombia, uno de los objetivos anunciados por el presidente electo fue la reducción significativa del impacto ambiental en las operaciones del país, pues, aunque en el panorama mundial Colombia solo emite el 0.6% de los GEI, el cambio de la matriz energética es imperativo para afrontar las crisis ambientales<sup>37</sup>. Durante la campaña, el presidente habló de tres grandes problemas asociados a las exportaciones del país; (i) explotación de carbón del Caribe, La Guajira y el Cesar; (ii) la exploración y explotación petrolera; y (iii) la cocaína<sup>38</sup>. Para el caso de los dos primeros, el presidente se comprometió a dejar una agenda de ruta marcada para los próximos 15 años que busca el desescalamiento gradual de la dependencia económica en el petróleo y del carbón.

---

33 ANNA-ALEXANDRA MARHOLD, *ENERGY IN INTERNATIONAL TRADE LAW: CONCEPTS, REGULATION AND CHANGING MARKETS* (1 ed. 2021), <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108551526/type/book> (última visita Sep 12, 2022).

34 En particular, los artículos 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9, 5.11, 5.1.2., 5.2, 5.6, 5.8, 12.1 y 12.3

35 En particular, los artículos 3, 3.1(b), 3.2, 5 y 5(c)

36 En particular, los artículos I.1, III.2, III.4, X.3(a) y XI.1

37 Syukuro Manabe, *Role of greenhouse gas in climate change*, 71 TELLUS A: DYNAMIC METEOROLOGY AND OCEANOGRAPHY 1620078 (2019), <https://a.tellusjournals.se/article/10.1080/16000870.2019.1620078/> (última visita Sep 15, 2022).

38 Maria Monica Monsalve, *Petro y su transición energética: lo que debe hacer en sus primeros 100 días*, EL ESPECTADOR (2022), <https://www.elespectador.com/ambiente/petro-y-su-transicion-energetica-lo-que-debe-hacer-en-sus-primeros-100-dias/> (última visita Sep 15, 2022).

Algunas de las medidas planteadas, como la terminación de los contratos de exploración y exportación minera y de petróleo, la reforma al código de minas y la eliminación de los beneficios tributarios existentes podrían afectar los compromisos de Colombia, por ejemplo, con respecto a la obligación general de eliminación de restricciones cuantitativas, contemplada en el artículo XI del GATT.

Aunque el texto de reforma oficial al código de minas no ha sido publicado aún, hace poco menos de un mes, el presidente habló de una reforma estructural que buscaría transitar de un modelo de dependencia exclusiva en las multinacionales, para pasar a un sistema en el que se busque fortalecer la minoría tradicional<sup>39</sup>. También mencionó la necesidad de explorar los vínculos entre la minería de oro y la producción de cocaína, y resaltó la decisión del Consejo de Estado sobre el cese total de la exploración y explotación minera en las zonas ambientales estratégicas del país. Igualmente, en el caso de la reforma tributaria, habría tres medidas importantes<sup>40</sup> a considerar para la transición energética en el marco del comercio internacional son

- (i) Impuesto de 10% del exceso sobre el precio base que fije la Agencia Nacional de Hidrocarburos (“ANH”) a todas las exportaciones de carbón, petróleo y oro. Como lo explica el ministro de Hacienda, José Antonio Campo, esto equivaldría a que, si la ANH fija el precio de referencia de un barril de petróleo en US\$46 y el precio del petróleo está en, por ejemplo, US\$95 por barril, el impuesto aproximado sería del 4.6%. Con esto, el gobierno espera recaudar cerca de 7 billones de pesos;
- (ii) Modificación del artículo 115 del actual Estatuto Tributario que permitía la deducción de la renta líquida gravable a través de las regalías pagadas por las empresas que desarrollen actividades de producción minera y petrolera. Con esto también se derogarían la medida que posibilitaba la amortización y deducción de las inversiones en la exploración, desarrollo y construcción de minas y yacimientos de petróleo. Esta medida, se calcula, podría significar una disminución de casi el 30% de los ingresos de las empresas; y
- (iii) Modificación al impuesto del carbono que recaería sobre el contenido de carbono equivalente (“CO<sub>2</sub>eq”) de todos los combustibles fósiles, incluyendo todos los derivados del petróleo y todos los tipos de gas fósil que sean usados para la combustión. El hecho generador del impuesto sería la venta dentro del territorio nacional, el retiro para el consumo propio, la importación para consumo propio o para la venta de combustibles fósiles. Se calcula que la tarifa correspondería a los COP\$20.500 por tonelada de CO<sub>2</sub>eq.

---

39 Semana, *Lo último: presidente Petro anunció una reforma al código minero colombiano, ¿en qué consiste?*, SEMANA ÚLTIMAS NOTICIAS DE COLOMBIA Y EL MUNDO (2022), <https://www.semana.com/politica/articulo/atencion-presidente-petro-anuncio-una-reforma-al-codigo-minero-colombiano-en-que-consiste/202259/> (última visita Sep 15, 2022).

40 Joaquín Mauricio López, *Los impuestos para las exportaciones que tocan el petróleo, oro y el carbón*, DIARIO LA REPÚBLICA, <https://www.larepublica.co/especiales/reforma-tributaria-2022/los-nuevos-impuestos-para-las-exportaciones-que-tocan-el-petroleo-oro-y-el-carbon-3420544> (última visita Sep 15, 2022).

Estas propuestas, aunque aún no han sido implementadas deben ser analizadas cuidadosamente, bien sea porque en sí mismas o en su aplicación pueden llegar a levantar cuestionamientos de los socios comerciales ante la OMC. De acuerdo con la Agencia Nacional de Minería (“ANH”), el carbón representa cerca del 54% de las exportaciones mineras colombianas, seguido del oro y de los metales preciosos en un 37%<sup>41</sup>. En el caso de las exportaciones de petróleo, combustibles líquidos y otros productos extractivos relacionados con la industria, para abril de 2022 estas se duplicaron, pasando de un valor estimado de US\$2.939 millones en febrero de 2021 a US\$4.202 millones para febrero de 2022<sup>42</sup>. De hecho, el ex ministro de minas, Diego Mesa, afirmó que la industria petrolera le representa cerca del 40% de las exportaciones totales al país y entre el 12% al 15% de sus ingresos corrientes.

***i. Prohibición general a las restricciones cuantitativas: artículo XI del GATT***

De acuerdo con el Órgano de Apelación en *Argentina – Medidas relativas a la importación*, el artículo XI del GATT prohíbe que los miembros impongan o mantengan prohibiciones o restricciones, aparte de los derechos de aduana, impuestos y otras cargas a la importación, exportación o venta para la exportación de cualquier producto. En ese sentido, bajo el artículo XI:1 del GATT, una medida podrá ser inconsistente cuando se demuestra que (i) por un lado, se encuentra dentro del alcance del artículo, es decir, cuando se trata de cuotas, licencias de importación o exportación u otras medidas; y (ii) cuando esta medida constituye una prohibición o restricción a la importación, exportación o venta de exportaciones de cualquier producto<sup>43</sup>.

***ii. Trato nacional: artículo III del GATT***

De acuerdo con el OA en el caso de *Japón – Bebidas Alcohólicas*, el objetivo del artículo III del GATT es evitar el proteccionismo a través de medidas fiscales y reglamentarias internas. El punto central es que las medidas adoptadas por los miembros no sean aplicadas a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. Así, el artículo obliga a los miembros de la OMC a establecer condiciones iguales de competencia para los productos importados en relación con los productos nacionales<sup>44</sup>

***iii. Subvenciones prohibidas: artículo 3 del Acuerdo SMC***

Frente al Acuerdo SMC, el GE en el caso de *Canadá – Aeronaves civiles* afirmó que, a pesar de la falta de mención explícita de un objeto y propósito en el texto del acuerdo, la finalidad del Acuerdo SMC podía resumirse como el establecimiento de una serie de disciplinas multilaterales que asumen tienen como premisa que algunas formas de intervencionismo gubernamental distorsionan o tienen el potencial para distorsionar el comercio internacional<sup>45</sup>. A su vez, el GE en el caso de *Estados Unidos – Limitaciones de las exportaciones* coincidió con el objeto y propósito mencionado en el caso de

41 ANH, “Colombia tiene un potencial de exportación ilimitado hacia los mercados internacionales”: *Presidente de la ANM | Agencia Nacional de Minería ANM*, <https://www.anm.gov.co/?q=colombia-tiene-un-potencial-de-exportacion-ilimitado-hacia-los-mercados-internacionales> (última visita Sep 15, 2022).

42 Alfonso López, *Las exportaciones de petróleo nacional aumentaron un 97 %*, PORTAFOLIO.CO (2022), <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/exportaciones-de-petroleo-colombiano-aumentaron-un-97-564093> (última visita Sep 11, 2022).

43 Órgano de Apelación en *Argentina – Medidas relativas a la importación*, para. 5.216-5.218

44 Órgano de Apelación en *Japón – Bebidas Alcohólicas*, para. 16.

45 Grupo Especial en *Canadá – Aeronaves civiles*, para. 9.119.

*Canadá – Aeronaves civiles* y reiteró que no todas las formas de acción e intervención de los gobiernos podían entenderse como un subsidio o que, incluso siéndolo, como un subsidio que distorsione el comercio internacional<sup>46</sup>.

Conclusión: Más que solo una tensión entre normas particulares de los acuerdos de la OMC con las posibles medidas que deben adoptarse para lograr la transición energética que requiere el mundo, la estructura y el modelo económico de la OMC plantean desafíos importantes para la continuidad, bien de la organización o de políticas que tengan un potencial de transformación genuino, justo y sostenible a largo plazo. Como se vio, el modelo económico imperante en la OMC pone de presente que, incluso en un contexto de transición satisfactoria de unas fuentes de energías no renovables a uno de energías renovables, los esfuerzos deben estar orientados a cambiar las lógicas económicas que subyacen y suponen que la utilización, exportación e importación de cualquier producto es inagotable y debe crecer exponencialmente, pues el desarrollo que cuenta es el derivado de una visión neoliberal.

### C. RECOMENDACIONES:

- **Para el Gobierno:** Una agenda regulatoria que busque diseñar la hoja de ruta para que Colombia transite, en los próximos 15 años, hacia un nuevo modelo de matriz energética es esencial, tanto para la atención local, como para la contribución a la agenda global respecto de las crisis ambientales. Esta transición, sin embargo, debe atender a los criterios planteados por expertos en materia ambiental que alertan sobre los riesgos de una simple sustitución tecnológica abrupta y poco balanceada con todos los actores interesados. En ese sentido, la hoja de ruta debe integrar estrategias a corto, mediano y largo plazo que sean realizables y demuestren un estudio juicioso de los impactos y de la necesidad de implementar medidas en los tiempos determinados, así como de una articulación con otras medidas robustas que demuestren dicho objetivo. Por ejemplo, en el caso de la reforma tributaria propuesta debe pensarse que, además de generar un incentivo para continuar con el desescalonamiento de la explotación de los combustibles fósiles, esta y otras políticas deben encontrar sustitutos para competir en el mercado internacional sin caer en la misma dependencia de una matriz energética que, aunque renovable, también supone desafíos en la disponibilidad y consecuencias ambientales de su uso.
- **Para la Misión de Colombia ante la OMC:** Es posible que exista cierto consenso respecto de la urgencia de medidas que aseguren que en los próximos años todos los Estados estarán transitando entre un modelo energético basado en fuentes de combustibles fósiles a un modelo que permita una matriz energética más justa y sostenible para el mundo y la sociedad civil. En este contexto, el análisis y la formulación de una estrategia que dé cuenta de los riesgos inherentes al modelo económico actual de cara al uso, exploración y explotación de fuentes de energías renovables, así como de las implicaciones desiguales que puede tener una transición hecha de manera superficial, disruptiva o sin atención de las particularidades y desafíos que afronta el sistema multilateral, y de las economías en transición, en particular,

de Colombia, es crítico. Sin duda, esta conversación en el contexto de la OMC debería estar acompañada de fuentes que atiendan argumentos científicos, políticos y sociales sobre la situación actual que enfrenta el mundo con las crisis ambientales. Igualmente, es una oportunidad para proponer puentes entre la OMC y otros instrumentos internacionales que procuren la protección del medio ambiente.

## V

## Recomendaciones

### A. PARA EL GOBIERNO NACIONAL

#### a) En materia de seguridad alimentaria:

Analizar y diseñar una estrategia para implementar todas las medidas necesarias con el fin de mitigar la crisis derivada del desabastecimiento, la falta de acceso y el alto precio de los alimentos, debido al estrés sobre las cadenas de suministro global de fertilizantes y al alto valor del dólar respecto del peso colombiano.

Definir una hoja de ruta que, en consonancia con los acuerdos MSF, OTC y AoA permita que el país transite hacia un modelo de soberanía alimentaria, asegurando el crecimiento sostenible de la agricultura a través del uso de tecnología sofisticada con bajo impacto ambiental.

Analizar la posibilidad de formular líneas de crédito para financiar la tecnología adecuada que permita mejorar la infraestructura intrapedial de los sistemas de riego, secamiento, y adecuación de suelo.

Invertir en programas de apoyo y fomento de la investigación, la innovación y el desarrollo del sector agrícola.

Elaborar y ejecutar un plan que permita mejorar las condiciones de las vías secundarias y terciarias del país para el adecuado transporte de los alimentos.

Establecer marcos regulatorios y políticas públicas que incentiven la producción y el consumo de productos básicos sostenibles, con el fin de influir en prácticas agrícolas sostenibles y climáticamente inteligentes.

Evaluar con un grupo de expertos la posibilidad de fijar un estándar de precios mínimos para

los productores y pequeños agricultores con el fin de que estos obtengan ingresos dignos.

En materia de política industrial:

Tener en cuenta que cualquier política de subsidios tiene efectos fiscales que van más allá de la política comercial, pues implican un aumento del déficit fiscal y una redistribución de recursos hacia algunos actores sobre otros.

Considerar que, en caso de adoptarse una política de subvenciones, Colombia deberá diseñarla de tal forma que la misma no esté condicionada a la exportación de producción industriales, o que la producción subsidiada tengan un contenido mínimo local. Pueden, por ejemplo, considerarse subsidios para MIPYMES o empresas de servicios, los cuales no violarían el derecho de la OMC.

Evaluar la posibilidad de implementar medidas de contenido mínimo nacional, pues estas pueden ser importantes para el fomento de una política industrial. Para que las mismas sean ajustadas a las reglas de la OMC, deben ser formuladas de tal forma que estén relacionadas con la contratación pública para fines gubernamentales sin reventa; por ejemplo, la compra de insumos para entidades públicas, o en el segmento de servicios. Adicionalmente, y de manera excepcional, las medidas de contenido mínimo nacional podrán, excepcionalmente, ser justificadas como necesarias para proteger el medio ambiente, los recursos no renovables, la salud pública o la seguridad nacional, según lo permite el artículo XX del GATT.

Garantizar que las empresas estatales no utilicen sus poderes para actuar de forma incompatible con los principios de la OMC y que sus actividades se basen en consideraciones comerciales, evitando que dichas empresas no utilicen sus privilegios para crear un campo de juego no equitativo o de condiciones anticompetitivas. De todas las políticas industriales, el uso de empresas públicas es la que disfruta de mayor espacio regulatorio por parte de la OMC.

Considerar que, aunque la mayoría de los Estados de América Latina no han implementado una política industrial activa durante décadas (con la posible excepción de Brasil), su desarrollo futuro tendrá que permitir el desarrollo razonable de algunas empresas estatales, que proporcionarán empleo y financiación en la fase post-Corona del país. Para hacerlo, las reglas de la OMC, como existen en la actualidad, proveen suficiente espacio para el fortalecimiento de las empresas estatales sin contradecir el derecho de la OMC.

Comprender que el entramado de obligaciones jurídicas derivadas de los tratados regionales de comercio suscritos por Colombia va más allá de sus obligaciones bajo el derecho de la OMC y por lo tanto no es cubierto en detalle en este documento, por lo que el primer desafío es mantener un mapa actualizado de obligaciones relevantes para la política industrial. Es decir, un estudio similar al presente documento, aplicable a obligaciones regionales perti-

nentes a la política industrial – particularmente, en lo que tiene ver con obligaciones adicionales (esto es, con disciplinas más estrictas que aquellas impuestas por la OMC) en temas de propiedad intelectual, compras públicas y comercio en servicios.

Verificar las reglas específicas sobre temas no incluidos actualmente en el derecho de la OMC, como la economía digital.

Conocer que el desarrollo de una política industrial deberá utilizar a fondo las excepciones y flexibilidades incluidas en los acuerdos regionales, que no están en el derecho de la OMC, como la protección del medio ambiente, los derechos laborales y, más recientemente, las consideraciones de género – todo lo cual permitirá justificar la implementación de una política industrial ambiciosa.

#### **b) En materia de protección de la salud**

Tener en cuenta que un modelo de etiquetado nutricional frontal es permitido con tal de que no se utilice como un mecanismo para tratar de manera menos favorable a productos importados similares. Si la misma llegara a tener un efecto adverso de facto sobre los productos importados, este pueda ser excepcionalmente explicado en función del objetivo legítimo: la salud pública. Así, será importante que, al establecer el modelo de etiquetado, que el mismo sea aplicado a productos nacionales e importados por igual, y que se aduzca con claridad que el objetivo que se persigue es proteger la salud pública en relación con el consumo de alimentos altos en azúcares añadidos, grasas saturadas y sodio.

Manifiestar sin ambigüedad que el objetivo de la medida es la salud pública. Específicamente, la protección de la salud pública en relación con el consumo de alimentos altos en azúcar, grasas y sodio. Todo esto, a fin de facilitar la caracterización del objetivo como legítimo, dado que la constatación de que el objetivo de una medida figura entre los enumerados artículo 2.2 del Acuerdo de OTC pone fin a la indagación sobre su legitimidad.

Especificar que el propósito del etiquetado frontal es proteger la salud pública, lo cual se constituye como el primer paso para que el etiquetado frontal se beneficie de la presunción de legalidad establecida en el artículo 2.5 del Acuerdo de OTC. En este marco, es clave identificar las recomendaciones tanto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) que quieren hacerse valer como “normas internacionales pertinentes”, con el objetivo de invocar la presunción del artículo 2.5 del Acuerdo OTC.

Procurar suficiente evidencia científica que explique los umbrales a partir de los cuales el consumo de determinados nutrientes constituye un riesgo para la salud. En este contexto, las recomendaciones de la OMS y la OPS son de importancia. En adición a la posibilidad de las mismas constituyan, como se explicó en la recomendación 1.b, una norma internacional per-

tinente es también posible que éstas entren a justificar la necesidad de la medida de etiquetado frontal, bajo el artículo 2.2. del Acuerdo OTC. En este orden, Colombia deberá acreditar que solo si se adoptan estas recomendaciones es posible lograr el grado de realización o protección del objetivo legítimo subyacente.

En conclusión, las constataciones del GE y el OA permiten afirmar que sí existe evidencia técnica y científica suficiente para que la decisión de adoptar políticas de empaquetado genérico se considere que está debidamente sustentada. Además, la evidencia señala que este tipo de medidas son idóneas para alcanzar las metas de salud pública que se trazan los Estados en relación con el control del tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores. En consecuencia, los Estados tienen la facultad de regular el uso de productos con una alta nocividad como el tabaco, derivados, sucedáneos e imitadores. Inclusive, imponiendo límites al uso de signos distintos en la comercialización de estos, particularmente porque no existe un derecho absoluto al uso de la marca oponible a los Estados.

Cumplir con los deberes de transparencia, informando oportunamente a la OMC sobre la medida de manera que los miembros de la Organización la conozcan y formulen observaciones. Además, el alcance y funcionamiento de la medida deberá ser suficientemente explicado a los productores y comercializadores de los productos cobijados por la medida, a quienes deberá concedérseles un plazo prudencial para que se adecuen a las prescripciones en materia de etiquetado.

Tener en cuenta que el Codex Alimentarius es un piso, pero no un techo, para los reglamentos técnicos que buscan proteger la salud pública. Por lo tanto, el etiquetado frontal puede ir más allá del Codex, hecho que puede justificarse por uno de dos caminos: (a) según la primera frase del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, se podrá sostener que el reglamento técnico de etiquetado fue desarrollado “con base” en el estándar del Codex. O, alternatively, (b) Colombia puede afirmar, en los términos la segunda frase del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, que su reglamento diverge del estándar del Codex, caso en el cual le corresponde afirmar qué éste último es un “medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos”, como la salud pública.

### **c) En materia de transición energética**

Establecer una agenda regulatoria que busque diseñar la hoja de ruta para que Colombia transite, en los próximos 15 años, hacia un nuevo modelo de matriz energética es esencial, tanto para la atención local, como para la contribución a la agenda global respecto de las crisis ambientales.

Garantizar que la(s) política(s) de transición energética atiendan a los criterios planteados por expertos en materia ambiental que alertan sobre los riesgos de una simple sustitución tecnológica abrupta y poco balanceada con todos los actores interesados.

Dimensionar la magnitud de la problemática asociada con una sustitución abrupta y superficial. Más aún, evitar que se tomen medidas desestructuradas y que busquen reemplazar el sistema de explotación actual de combustibles fósiles con un sistema de explotación a las energías renovables.

Establecer puentes con los empresarios, específicamente, de las industrias de petróleo, carbón y minería con el fin de llegar a medidas concertadas y que permitan a los empresarios amortiguar el impacto de la transición.

Integrar en la hoja de ruta debe integrar estrategias a corto, mediano y largo plazo que sean realizables y demuestren un estudio juicioso de los impactos y de la necesidad de implementar medidas en los tiempos determinados, así como de una articulación con otras medidas robustas que demuestren dicho objetivo. Por ejemplo, en el caso de la reforma tributaria propuesta debe pensarse que, además de generar un incentivo para continuar con el desescalonamiento de la explotación de los combustibles fósiles, esta y otras políticas deben encontrar sustitutos para competir en el mercado internacional sin caer en la misma dependencia de una matriz energética que, aunque renovable, también supone desafíos en la disponibilidad y consecuencias ambientales de su uso.

## **B. Para la Misión de Colombia en la OMC**

Destacamos los siguientes puntos:

Es muy probable que las crisis generadas por la pandemia del Covid-19 y la guerra en Ucrania hayan evidenciado más que nunca antes los problemas asociados a un modelo económico en el que se priorice una agenda de comercio global. En ese sentido, este momento es una gran oportunidad para que los Estados, específicamente aquellos que están en vía de desarrollo y los menos desarrollados, planteen discusiones en relación con la flexibilización de normas y aplicación de estándares, bien sea respecto de las obligaciones de los acuerdos MSF, OTC y AoA, o de la aplicabilidad de las excepciones

Es posible que exista cierto consenso respecto a la redefinición de las reglas de subsidios en la OMC. En ese contexto, una estrategia que facilitaría una transformación del modelo económico colombiano es la creación por consenso de una lista roja de subsidios absolutamente prohibidos, y una verde, de subsidios permitidos. En la primera pueden incluirse subsidios a los combustibles fósiles, de forma similar a como se han prohibido recientemente los subsidios a la pesca. Por su parte, en la lista verde pueden incluirse subsidios destinados a la protección de comunidades indígenas y raizales, o a la producción en áreas de conflicto armado – siempre sujeto a ciertos requisitos, por ejemplo, en cuanto a la renta per cápita del Estado que la subvenciona, límites de tiempo para que se abandonen los programas

ineficaces y algunos requisitos de información y transparencia. Sin embargo, es importante tener en cuenta que las naciones desarrolladas pueden adoptar medidas compensatorias que compensen la subvención, para proteger su propia industria nacional. En este sentido, esta conversación en el contexto de la OMC debería ir acompañada de una norma diferenciada más estricta para establecer el “daño grave” a la industria de los países desarrollados cuando adopten medidas compensatorias contra las subvenciones en los Estados en desarrollo destinadas a proteger las industrias nacientes.

El debate sobre contenidos nacionales continuará, particularmente respecto a las restricciones impuestas por Canadá – Energía Renovable. Convendría a Colombia intervenir en ese debate, ampliando el concepto de reventa para excluir la prestación de servicios por parte del Estado. Así, los servicios de transporte o alimentación no deberían ser considerados como “reventa” y no deberían estar cubiertos por la prohibición de medidas de contenido mínimo nacional. De igual forma, en la actualidad las medidas de contenido local por parte de contratistas del Estado, para efectos de su respectiva subcontratación estarían prohibidas - por ejemplo, un contratista vial que a su vez da beneficios de contenido local a sus proveedores. Esta interpretación debería restringirse, de forma tal que la excepción que la contratación estatal recibe pueda ser trasladados a los procesos de subcontratación.

En la actualidad, la discusión central respecto a empresas públicas gira en torno al conflicto entre China y Estados Unidos sobre este tema en particular. Mientras que Estados Unidos no tiene empresas estatales de importancia, China utiliza una forma sui generis de gobernanza económica en la que las empresas estatales, pero también otras formas de influencia formal e informal sobre las empresas puramente privadas acaban facilitando la alineación constante de la actividad empresarial con los intereses del gobierno chino. Este tipo de dinámica del capitalismo de Estado no registra actualmente en las reglas de la OMC, razón por la cual Estados Unidos (y, en menor medida, Europa) buscan reducir la flexibilidad que existe actualmente respecto a empresas estatales.

Está claro que los esfuerzos de los Estados latinoamericanos por intervenir en sus mercados liberalizados no tienen el impacto global de las estrategias chinas; es más, el gobierno chino ni siquiera necesita a las empresas estatales para influir en el comportamiento del mercado, ya que tiene a su disposición vías formales e informales para lograr dicha influencia. Por lo tanto, la labor clave de Colombia será la de adoptar una estrategia comercial diferenciando sus situaciones y demandas de la de China y su caso sui generis.

Como es sabido, la OMC tiene competencia limitada sobre acuerdos regionales, según lo establecido en el artículo XXIV del GATT. Sin embargo, hay cierta discusión en el marco de la OMC, en el sentido de que los acuerdos regionales (y, particularmente, los llamados “megarregionales”, como el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica) deben ser más inclusivos y no minar las flexibilidades del sistema multilateral de la OMC. Existen ejemplos de flexibilidades en la OMC que pueden ser de ejemplo: por ejemplo, los artículos

27.4 y 27.6 del SCM establecen períodos de transición, como también se hizo cuando se estableció la abolición del Acuerdo Multifibras (AMF), y la introducción de las reglas de patentes en el ADPIC incluyó un periodo de transición de diez años. Todos estos periodos de transición sirven como base para enviar la señal de que los acuerdos regionales deberán ser coherentes con el sistema multilateral y otorgar también flexibilidades similares cuando se regulen los mismos temas en acuerdos regionales, las cuales deberían también aplicar cuando se aborden nuevos temas que pueden tener un efecto en aquellos asuntos que, cuando fueron regulados en la OMC, fueron objeto de flexibilidades.

Es posible que exista cierto consenso respecto de la urgencia de medidas que aseguren que en los próximos años todos los Estados estarán transitando entre un modelo energético basado en fuentes de combustibles fósiles a un modelo que permita una matriz energética más justa y sostenible para el mundo y la sociedad civil. En este contexto, el análisis y la formulación de una estrategia que dé cuenta de los riesgos inherentes al modelo económico actual de cara al uso, exploración y explotación de fuentes de energías renovables, así como de las implicaciones desiguales que puede tener una transición hecha de manera superficial, disruptiva o sin atención de las particularidades y desafíos que afronta el sistema multilateral, y de las economías en transición, en particular, de Colombia, es crítico. Sin duda, esta conversación en el contexto de la OMC debería estar acompañada de fuentes que atiendan argumentos científicos, políticos y sociales sobre la situación actual que enfrenta el mundo con las crisis ambientales. Igualmente, es una oportunidad para proponer puentes entre la OMC y otros instrumentos internacionales que procuren la protección del medio ambiente.



