

Documento de proyecto

Las negociaciones internacionales en el sector energético y sus implicancias para América Latina y el Caribe

Ariela Ruiz-Caro



Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/W.206

Copyright © Naciones Unidas, enero de 2009. Todos los derechos reservados
Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
I. Introducción	7
II. Los servicios energéticos como ejes del desarrollo económico y social.....	9
A. Los servicios energéticos y los objetivos de desarrollo del milenio.....	9
B. La energía como servicio básico	12
III. La energía en la disciplina del comercio mundial	15
A. El sector energético en la OMC	15
B. El rol de los organismos multilaterales en las reformas del sector energético.....	27
IV. Las negociaciones de los servicios energéticos en la OMC	31
A. La definición de los servicios energéticos en el AGCS	31
B. Estado actual de las negociaciones de servicios	35
C. Las negociaciones de los servicios energéticos.....	39
D. El rol de las corporaciones energéticas en las negociaciones internacionales.....	40
V. El sector energético en los Tratados de Libre Comercio.....	45
A. El capítulo de inversiones	47
B. El capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios	49
C. El capítulo de trato nacional y acceso de mercancías al mercado.....	52
D. El capítulo de compras públicas	53
E. El capítulo sobre energía y petroquímica básica en el TLCAN	54
VI. Incidencia de las negociaciones internacionales en las iniciativas de integración energética regional	57
A. Del proyecto de integración energética basado en los mercados a uno con mayor participación estatal	57

B. Las negociaciones internacionales y las iniciativas de integración energética sudamericanas	60
Síntesis y Conclusiones	63
Siglas utilizadas	69
Bibliografía	71

Índice de Recuadros

Recuadro 1: Objetivos de Desarrollo del Milenio.....	10
Recuadro 2: Recomendaciones del Banco Mundial y Naciones Unidas para impulsar el acceso a los servicios energéticos en los planes nacionales para lograr los MDG	11
Recuadro 3: La liberalización de los servicios en el AGCS.....	17
Recuadro 4: Modos de suministro de servicios definidos en el AGCS.....	17
Recuadro 5: Participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios (Artículo IV).....	18
Recuadro 6: Negociación de compromisos específicos en el AGCS (Artículo XIX)	19
Recuadro 7: Directrices de negociación del AGCS. Párrafos claves	19
Recuadro 8: Obligaciones generales y específicas del AGCS.....	20
Recuadro 9: Acuerdo de Compras Gubernamentales.....	24
Recuadro 10: Contratación pública destinada a fines gubernamentales en el AGCS (Artículo XIII).....	25
Recuadro 11: Conflictividad de las compras realizadas por empresas públicas en el sector energético.....	26
Recuadro 12: Sectores generales objeto de regulación en el Acuerdo General de Comercio de Servicios	31
Recuadro 13: Principales segmentos de las actividades de servicios energéticos.....	34
Recuadro 14: Síntesis de la propuesta de Indonesia sobre clasificación de servicios energéticos	34
Recuadro 15: Documento presentado por la Unión Europea: “Métodos Complementarios para las Negociaciones sobre Servicios: Posibles Elementos”	36
Recuadro 16: Enfoques sobre Métodos de Negociación en servicios en la Declaración Ministerial de Hong Kong	36
Recuadro 17: Proceso bilateral de negociaciones en el sector servicios.....	37
Recuadro 18: Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios.....	37
Recuadro 19: Anexo C Conferencia Ministerial de Hong Kong de diciembre 2005.....	38
Recuadro 20: Principios de aplicación que rigen el tratamiento de los servicios en los TLC.....	50
Recuadro 21: Los clusters energéticos.....	60

Resumen

°El estudio tiene como objetivo realizar un diagnóstico sobre el estado de las negociaciones en el ámbito de la actividad energética, con énfasis en los servicios, y establecer los ejes principales del debate derivado de las propuestas presentadas por los países para su liberalización.

Asimismo, contribuir a la formulación de criterios que los países de la región deben tomar en cuenta con miras a lograr que la población pueda lograr un mejor acceso a la energía, así como a mejorar su competitividad en el mercado internacional de los servicios energéticos y su desarrollo sostenible.

El trabajo comprende seis partes. Luego de la presentación general del contenido, en el segundo capítulo se describen los aspectos energéticos como ejes del desarrollo económico y social, haciendo referencia a los servicios energéticos como servicio básico y como elemento esencial para cumplir los objetivos de desarrollo del milenio. En el tercer capítulo se tratan los aspectos energéticos en la disciplina del comercio multilateral del Programa de Doha en la OMC, tanto en el AGCS, como en el GATT. Asimismo, se analiza el alcance de las compras públicas de los servicios energéticos y el rol de los organismos multilaterales en las reformas del sector energético.

En el cuarto capítulo se trata la definición de los servicios energéticos en el AGCS, el estado actual de las negociaciones de los servicios energéticos, y el impulso de las corporaciones petroleras en la liberalización del sector, mientras que en el quinto capítulo se abordan cómo son abordados los aspectos energéticos en los Tratados de Libre Comercio.

Finalmente, en el último capítulo, se analiza la incidencia que tienen las negociaciones internacionales en el ámbito energético en las iniciativas de integración energética que se impulsan en la Comunidad Sudamericana de Naciones.

I. Introducción

Por el valor de las transacciones comerciadas internacionalmente, y la magnitud de las inversiones requeridas, el sector energético es uno de los más importantes de la economía mundial. Éste es relevante para el desarrollo de todos los países, tanto importadores como exportadores de energía. El incremento de la competencia debido a la desregulación –y en algunos casos privatización del sector– los cambios tecnológicos y la aparición de agentes económicos integrados, son algunos de los factores que han dado lugar a que el sector se convierta, asimismo, en uno de los más dinámicos de la economía. Es así, que su regulación y gestión han adquirido relevancia y las empresas vinculadas a este sector impulsan para que se otorgue un marco legal multilateral específico para el sector energético.

Las negociaciones en este sector tienen incidencia en las políticas energéticas de los países, tanto importadores como exportadores de petróleo, especialmente en aquéllos que intentan diseñar una estrategia de desarrollo basada en sus propios recursos energéticos. Las reformas del Estado, instrumentadas durante los dos últimos decenios, han dado lugar a que algunos países desarticulen las estructuras verticalmente integradas de las actividades de la cadena energética, al transferir al sector privado la propiedad o gestión de los servicios energéticos. Sin embargo, ha resurgido una tendencia en algunos países de la región a revertir este proceso, al intentar una mayor incidencia en la definición de las políticas energéticas, así como una mayor participación en la renta de los hidrocarburos.

En el ámbito de las negociaciones multilaterales, la energía se rige, como bien, por normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), mientras que como servicios, por las del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios /AGCS). Si bien en las negociaciones multilaterales de la OMC, la lista de clasificación sectorial de los servicios no contiene una categoría general específica para los servicios relacionados con la energía, una serie de importantes servicios relacionados con la energía aparecen incluidos en las distintas clasificaciones sectoriales existentes. Asimismo, en el suspendido proyecto del ALCA, o en los TLC suscritos o que están negociando países de la región con países industrializados, no existe un grupo de negociación dedicado exclusivamente al tema de la energía, salvo en el caso de México. Sin embargo, su tratamiento está estrechamente ligado con diversos aspectos presentes en otros capítulos que son negociados específicamente, como el comercio de servicios transfronterizos, trato nacional y acceso a mercados, compras gubernamentales, e inversiones.

Aunque las negociaciones en el ámbito de la OMC están virtualmente suspendidas, y es altamente probable que no se logren avances en la liberalización de los servicios vinculados a la energía, es factible que la misma se logre a través de tratados bilaterales. No obstante, las empresas internacionales de este sector y algunos países industrializados abogan por la vigencia de un marco multilateral.

Con relación al sector energético, los países desarrollados buscan, en general, impulsar las inversiones en la producción de petróleo y gas natural, incrementar la seguridad del suministro energético –mediante el aumento de su producción en todo el mundo– y crear mercados para las exportaciones de bienes y servicios energéticos provenientes de éstos. Estas actividades, por un lado, genera competitividad, atraen las inversiones en un área que requiere altos estándares de tecnología y magnitudes importantes de capitales, pero también restan autonomía a los Estados nacionales en la formulación de políticas en el sector de energía. Ello reviste una importancia fundamental pues, como señalan diversos estudios, la reinserción de América Latina y el Caribe en los mercados mundiales no debería basarse solamente en un esfuerzo exportador sustentado en la promoción de inversiones extranjeras que descansen en la explotación intensiva del patrimonio natural de la región.

II. Los servicios energéticos como ejes del desarrollo económico y social

Recientes estudios de organismos internacionales han demostrado que los servicios energéticos son esenciales para el desarrollo económico y social y que el mayor acceso a éstos, especialmente en los países en desarrollo de menores ingresos, es fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio (MDG, por sus siglas en inglés) Para ello es fundamental incluir el mayor acceso a los servicios energéticos en sus estrategias nacionales, lo cual, a su vez, requiere un marco de planificación para su desarrollo.

A. Los servicios energéticos y los objetivos de desarrollo del milenio

En la Cumbre del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, realizada en septiembre de 2000, los Jefes de Gobierno de los países miembros adoptaron una Declaración, en virtud de la cual se establecieron, posteriormente, los MDG. Éstos establecieron metas con plazos concretos para reducir la extrema pobreza. Asimismo, se fijaron lineamientos que promueven la igualdad de género, la educación, la salud y el desarrollo de un ambiente sustentable. Los objetivos establecidos en los MDG fueron reafirmados, más adelante, durante la Cumbre Mundial realizada en Nueva York en 2005 ver recuadro 1.

RECUADRO 1 OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

- Objetivo 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre
- Objetivo 2. Lograr la enseñanza primaria universal
- Objetivo 3: Promover la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer
- Objetivo 4 Reducir la mortalidad infantil
- Objetivo 5. Mejorar la salud materna
- Objetivo 6. Combatir el HIV/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
- Objetivo 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente
- Objetivo 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo

Fuente: <http://www.undp.org/spanish/mdg/goallist.shtml>

La relación entre el acceso a los servicios energéticos y la reducción de la pobreza fue reconocida explícitamente en el Plan de Implementación de Johannesburgo (JPOI) durante la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible (WSSD) realizada en 2002. Entonces, se realizó un llamado a la comunidad internacional para “tomar medidas y mejorar los esfuerzos conjuntos en todos los niveles para mejorar el acceso a servicios energéticos confiables y asequibles para el desarrollo sustentable que faciliten el logro de los MDG, y como medio de generar otros servicios importantes que mitiguen la pobreza, teniendo en cuenta que el acceso a la energía facilita la erradicación de la pobreza”¹.

El nivel de acceso a los servicios energéticos pone en evidencia las desigualdades entre regiones y países, donde alrededor de 1.600 millones de personas en el mundo no acceden a la electricidad y cerca de 2.400 millones no lo hacen a combustibles limpios y eficientes para cocina y calefacción, teniendo que utilizar biomasa tradicional, elemento altamente contaminante para la población que lo utiliza. De no lograrse mejoras significativas en el acceso a servicios energéticos sustentables, no sólo no será posible lograr los MDG, sino que se estima que hacia 2030, 1.400 millones de personas más estarán en riesgo de no acceder a servicios energéticos sustentables².

Un conjunto de circunstancias han dado lugar a que los avances hacia un mejor acceso a los servicios energéticos modernos hayan sido poco significativos. Entre ellas, el reducido nivel de ingresos de parte importante de la población, especialmente en países de bajo nivel de desarrollo, la falta de recursos financieros de los proveedores de servicios para construir la infraestructura necesaria, débiles estructuras institucionales, legales y financieras –que, de ser distintas, podrían impulsar la inversión privada– y falta de visión de largo plazo y de compromisos políticos para superar la provisión de dichos servicios³.

El estudio realizado conjuntamente por el Banco Mundial, UNDP, ESMAP y UN Millennium Project⁴ en 2005, determinó la importancia del rol de los servicios energéticos en la superación de la pobreza y en el cumplimiento de cada uno de los objetivos del milenio. Se considera que el acceso a los servicios energéticos son esenciales en el desarrollo económico y social de los países y que éste tiene un efecto multiplicador en las mejoras en acceso a la salud, la

¹ ESMAP (UNDP/World Bank Energy Sector Management Assistance Programme). 2002a. ESMAP Business Plan, 2002-2004. World Bank: Washington, DC, USA.

² UN Millennium Project, Energy Sector Management Assistance Programme (ESMAP), United Nations Development Programme y Banco Mundial, Energy Services for the Millennium Development Goals, Achieving the Millennium Development Goals, Nueva York, 2005.

³ Ibid 2

⁴ Ibid 2

educación, el transporte, las comunicaciones, el acceso al agua y los servicios de saneamiento, así como en el nivel de inversiones y en la mejora de productividad e ingresos generados en las actividades agrícola, industrial y servicios terciarios. Los servicios energéticos, son considerados, por lo tanto, los soportes fundacionales para un ciclo de crecimiento virtuoso.

Asimismo, demuestra cómo en los países desarrollados, el acceso a servicios energéticos modernos y sustentables contribuyen al incremento de la productividad del capital humano. Como ejemplo, se señala la incidencia que tiene el acceso a la electricidad en la operación de computadores y servidores de archivos, Internet, entre otros, que indefectiblemente incrementan la productividad del trabajo. Ello, debido a que un solo profesional puede proveer servicios a un número mayor de personas con mejor calidad de transporte y tecnologías de información y comunicación. De otro lado, la energía mecánica o la electricidad proporcionan oportunidades para actividades tales como procesamientos agrícolas, carpintería, soldaduras y negocios que requieren refrigeración.

El informe, preparado por dichas instituciones, advierte que, de no incluirse lo relativo al acceso a los servicios energéticos en las estrategias y marcos de planeamiento nacionales para lograr los objetivos de desarrollo del milenio, éstos estarán seriamente amenazado. Al respecto, proponen un conjunto de recomendaciones clave con miras a que los gobiernos otorguen prioridad al acceso a los servicios energéticos, de modo que puedan alcanzarse los MDG a nivel nacional ver recuadro 2.

RECUADRO 2
RECOMENDACIONES DEL BANCO MUNDIAL Y NACIONES UNIDAS
PARA IMPULSAR EL ACCESO A LOS SERVICIOS ENERGÉTICOS
EN LOS PLANES NACIONALES PARA LOGRAR LOS MDG

- 1) Integrar el tema del acceso a los servicios energéticos en las estrategias de desarrollo nacionales y colocarlas al mismo nivel que las otras metas de desarrollo del milenio. Ello requiere una coordinación con los Ministerios de Finanzas, Energía, Industria, Salud, Educación, Agricultura, Agua y Saneamiento, y Transporte.
- 2) Adoptar marcos legales y regulatorios que provean incentivos para la asociación efectiva entre instituciones del gobierno (incluyendo a los gobiernos locales), el sector privado y otros operadores, conjuntamente con organizaciones comunales. Es necesario tomar en cuenta las condiciones socioeconómicas de los sectores más pobres para definir las obligaciones de los proveedores de servicios y los clientes de menores recursos.
- 3) Mejorar la disponibilidad y seguridad de las prácticas y combustibles utilizados en la cocina, a través de reformas regulatorias, inversiones en el manejo, transporte y distribución de combustibles, así como programas bien diseñados de subsidios o redes de seguridad para los pobres. Asimismo, reducir el incremento de los costos recurrentes asociados con el uso de combustibles modernos y apoyar el desarrollo y adopción de biomasa sustentable y biomasa derivada de combustibles, mejorar la calidad de los estufas y prácticas que reducen la exposición a emisiones nocivas.
- 4) Adoptar medidas estratégicas, institucionales y medidas financieras para asegurar un acceso más amplio a los hogares y pequeños negocios de los servicios (iluminación, TICs, refrigeración, entre otras) en zonas urbanas y periféricas. Ello requiere reducir los costos de conexión y distribución a los sectores más pobres.
- 5) Adoptar medidas que aseguren provisión eléctrica segura a los hogares, negocios, instituciones públicas, establecimientos comerciales e industrias. Ello requiere asegurar mecanismos de recuperación de costos que aseguren la viabilidad financiera de las entidades proveedoras de servicios energéticos, de modo que puedan expandirlos, y crear incentivos para incrementar la capacidad de generación y la inversión en infraestructura de distribución.

Recuadro 2 (continuación)

- 6) Proveer acceso a la energía mecánica y electricidad para actividades públicas (hospitales, escuelas, oficinas de gobierno, centros comunales) en todas las comunidades rurales. Se requiere agregar la demanda de las múltiples necesidades sociales y necesidades de generación de ingreso en la comunidad, de tal modo de disminuir los costos
- 7) Flexibilidad al seleccionar un amplio rango de tecnologías, así como de estructuras institucionales para el suministro de servicios energéticos.
- 8) Considerar el desarrollo de infraestructura energética e instituciones que beneficien directamente a los pobres y a las mujeres en las políticas y procesos de planeación del desarrollo.
- 9) Fortalecer los recursos humanos mediante educación, entrenamiento e investigaciones relacionadas a la energía.
- 10) Incorporar los costos del suministro de servicios energéticos requeridos para apoyar el logro de los MDG en las todas las estrategias nacionales.

Fuente: “Energy Services for the Millennium Development Goals”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Proyecto del Milenio de Naciones Unidas, Banco Mundial, y Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP), Washington D.C., 2005.

B. La energía como servicio básico

Si bien no existe una definición universal sobre los servicios esenciales o básicos, la energía, el agua y saneamiento, la salud, educación, las comunicaciones y la eliminación de desechos son, en general, considerados como tales. Prevalece el consenso de que dicha definición debe entenderse como un concepto dinámico que debe ser revisado y adaptado a la evolución de las tecnologías y las realidades nacionales. Su consideración depende, sobre todo, de la elección de la sociedad, que estará supeditada a las características nacionales y a las necesidades observadas en cada país. En cualquier caso, “los servicios esenciales considerados como bienes de interés social, justifican la necesidad de una intervención del Estado para garantizar un suministro adecuado y, asimismo, que la población pueda tener acceso a dichos servicios”⁵.

De acuerdo a un informe de la UNCTAD, existe una correlación positiva entre la pobreza y el acceso a los servicios esenciales, que se deriva fundamentalmente de un problema de distribución desigual de ingresos y recursos. “La disparidad entre los países, y entre ricos y pobres en el plano nacional, en cuanto al acceso a los servicios esenciales, ha aumentado. Irónicamente, en algunos casos, los pobres pagan relativamente más por servicios esenciales como el agua...En general, las políticas aplicadas hasta el momento no han dado los resultados esperados por lo que se refiere a garantizar el acceso universal... Ello exige, como condición necesaria, un esfuerzo paralelo en la lucha contra la pobreza y para resolver los problemas relativos a la distribución de los ingresos en el plano nacional”⁶.

En ese sentido, el informe resalta la importancia que tiene el papel del Estado en garantizar el derecho al acceso universal. “Incumbe al Estado la responsabilidad de garantizar el acceso universal a los servicios esenciales mediante la prestación directa de servicios o la aplicación de diferentes sistemas que permitan la participación del sector privado, de las comunidades o de iniciativas sin fines lucrativos en la prestación de los servicios”⁷.

⁵ Ver Informe de la Reunión de expertos sobre el acceso universal a los servicios, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) TD/B/COM.1/EM.30/3, Ginebra, 14 al 16 de noviembre de 2006.

⁶ Ibid 5

⁷ Ibid 5

En cuanto a la privatización y el papel de los proveedores privados de servicio, se destaca que muchos gobiernos confiaban, a finales de los años ochenta y noventa, en que “la privatización de las empresas de servicios públicos estimularía la competencia y atraería la inversión privada, y en que el libre juego del mercado daría lugar por sí mismo a resultados favorables para los pobres. No obstante, las pruebas empíricas de los beneficios de la privatización de los servicios son muy diversas. En algunos casos, para lograr altos niveles de rentabilidad, el sector privado ha optado por prácticas orientadas a evitar los riesgos y a la fijación de precios de cártel. Con frecuencia, este comportamiento ha impedido a los operadores privados contribuir plenamente al logro de los objetivos de acceso universal en los países en desarrollo. Por otro lado, la inexistencia de políticas y marcos jurídicos, institucionales y reglamentarios adecuados, además de los problemas de corrupción y falta de transparencia, también han afectado negativamente al logro de los resultados previstos en determinadas situaciones... Para que la privatización tenga éxito, es importante definir claramente los objetivos de acceso universal desde el inicio del proceso de privatización y, en el mejor de los casos, durante el proceso de planificación y con mucha antelación, antes de llevar a cabo la privatización”⁸.

Prevalece una opinión consensuada creciente, que reconoce que un sistema basado puramente en las fuerzas del mercado nunca daría cobertura universal al suministro de electricidad en los países en desarrollo. Las reformas en el sector energético, especialmente en el eléctrico en muchos países latinoamericanos, se han regido fundamentalmente por la necesidad de captar fondos procedentes de la privatización, pero no han contemplado adecuadamente los objetivos de desarrollo sostenible necesarios. Por ello, es indispensable garantizar mercados competitivos y diseñar una reglamentación eficaz. Sin embargo, si bien la competencia en la prestación de servicios tanto por el sector público como por el sector privado es importante, algunos sectores de los servicios son propensos a las estructuras de mercado oligopolísticas.

Las negociaciones internacionales que tienen lugar en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), particularmente en el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS), tienen incidencia en el modo de gestión de estos servicios. Así también, los programas que se suscriben con organismos financieros multilaterales como el FMI y el Banco Mundial, y los Tratados de Libre Comercio (TLC) que se acuerdan con países desarrollados.

En ese sentido, es importante destacar que si bien el AGCS excluye de la liberalización que se impulsa sobre el conjunto de servicios a nivel multilateral, a aquéllos que “son suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”⁹, la ambigüedad de la normativa, como se verá en el capítulo siguiente, impulsa, en la práctica, un proceso de liberalización también en los servicios básicos.

Las disciplinas de la OMC, tanto en el GATT como en el AGCS afectan la gestión interna del desarrollo de los recursos y de los servicios energéticos y, por lo tanto, tienen incidencia en el acceso universal a éstos. Es importante destacar que América Latina es la región con el mayor nivel de desigualdad no sólo en la distribución del ingreso, sino también en el acceso a servicios como educación, salud o telefonía.

El problema no sólo radica en que la desigualdad tiende a mantenerse (o disminuir muy levemente), sino que ésta impide disminuir en forma significativa los niveles de pobreza y puede frenar el desarrollo económico. Así lo señala el Banco Mundial (2005) en “América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?”. Por ello, este organismo recomienda invertir más en infraestructura, educación, protección laboral y social. El problema es que la forma en que se han

⁸ Informe de la Reunión de expertos sobre el acceso universal a los servicios, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) TD/B/COM.1/EM.30/3, Ginebra, 14 al 16 de noviembre de 2006.

⁹ Artículo I:3 (b) del AGCS.

aplicado las reformas económicas en la región, diseñadas por los propios organismos financieros multilaterales, no han tenido los resultados esperados en términos de acceso universal a los servicios básicos. En la práctica, no ha habido margen para disminuir la desigualdad a través de mayores inversiones en sectores como energía, educación o salud, tal como señalan los objetivos de tales reformas. La tendencia a la privatización de la salud, de la educación y de los fondos provisionales, por ejemplo, ha creado servicios de primer mundo para unos pocos y ha mantenido al margen de ellos a la mayor parte de la población.

Por ello, es fundamental realizar un seguimiento de las negociaciones y acuerdos que abordan las negociaciones de la actividad energética en el ámbito internacional y establecer su incidencia en las políticas internas de los países.

III La energía en la disciplina del comercio mundial

A. El sector energético en la OMC

En la regulación comercial internacional, la energía es abordada como mercancía y como servicio. Sin embargo, esta distinción no está exenta de dificultades. Por un lado, se ha sostenido que la producción de energía primaria y secundaria no es considerada como un servicio sujeto a las negociaciones del AGCS, sino como un bien, cuya negociación está sujeta al GATT. Ello se debe a que el servicio de producción está incorporado en el valor del bien producido.¹⁰ Por otro lado, algunos países interpretan que el comercio de servicios debe incluir también actividades relacionadas a la producción y procesamiento de energía (licuefacción y regasificación de gas, operación de equipos para generación eléctrica, entre otros. Es el caso de la propuesta de clasificación presentada por Estados Unidos¹¹.

Otra dificultad en la identificación de los servicios energéticos está relacionada con la interrelación tan estrecha entre bienes y servicios que existe, por ejemplo, en la realidad comercial de la industria petrolera. Las transacciones vinculadas a la oferta en los campos de servicios petroleros representan, a menudo, arreglos legales que consolidan varios componentes de bienes y servicios. Es el caso de las adjudicaciones de los contratos de obras públicas, como aquéllas para el desarrollo de campos, refinación y facilidades para el desarrollo petroquímico, que incluyen también la compra de equipos y materiales para su construcción.

Los regímenes para el tratamiento de bienes y servicios difieren básicamente en la flexibilidad que éstos dejan a los gobiernos para reglamentar e impulsar medidas con objetivos de desarrollo. Las actividades económicas vinculadas a servicios energéticos son tratados en el AGCS, mientras que las que corresponden a bienes, en el GATT.

¹⁰ Musselli, Irene y Zarrilli Simonetta, "Oil and gas services: market liberalization and the ongoing GATS negotiations", *Journal of International Economic Law* Vol. 8 No. 2, Oxford University Press 2005.

¹¹ Cf. the communication addressed by the United States to the WTO Council for Trade in Services (Energy Services, S/C/W/58, 20 October 1998, paras 2-3) and the communication from the United States to the WTO Committee on Specific Commitments (Classification of Energy Services, S/CSC/W/27, 18 May 2000).

1. El tratamiento de la energía en el GATT

El comercio de bienes energéticos como el petróleo, gas y electricidad está regulado, fundamentalmente, por un conjunto de artículos, entre los cuales, los más importantes, de obligación automática son: el Trato de la Nación más Favorecida (NMF), y el Trato Nacional (TN). El primero, NMF, implica que, con respecto a cualquier medida impuesta en relación a la exportación o importación de un bien, o cualquier privilegio o ventaja acordada a un país, ésta debe de ser extendida, inmediata e incondicionalmente a los demás países miembros de la OMC (Artículo I). En cuanto al Trato Nacional, éste impone limitaciones a los gobiernos de los países miembros de la OMC en lo referente a su fiscalidad interna, y cualquier otra reglamentación nacional referida a la venta, compra, uso y transporte de mercancías, prohibiendo cualquier trato discriminatorio entre el bien doméstico y el importado. Es decir, el productor extranjero debe recibir el mismo trato que el productor nacional (Artículo III).

Otra obligación importante es la referente a la prohibición de restricciones cuantitativas a la exportación o importación de un producto, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas. (Artículo XI) Sin embargo, sí está permitida la aplicación de derechos de aduana o impuestos para la regulación de importaciones y exportaciones. Este conjunto de medidas podría impulsar la sobreexplotación de recursos naturales, en general, y energéticos en particular, a pesar de la existencia de algunas cláusulas a las que pueden invocar los países para aplicar límites a su extracción.

Las excepciones a la aplicación de las reglas generales del GATT se encuentran contenidas en el artículo XX¹². Entre otras, se permite la adopción de medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. Asimismo, se permite la adopción de medidas restrictivas “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”. Otra de las medidas permitidas, de aplicación principalmente a los exportadores de petróleo, contempla que no serán prohibidas aquéllas “adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las partes contratantes”.

En cambio, las excepciones contenidas en el artículo XX son limitadas y condicionadas. El gobierno que las adopta debe probar que estas son justificables, y que las medidas en cuestión no constituyen una discriminación “arbitraria o injustificable”. Asimismo, que éstas no implican una restricción encubierta al comercio internacional.

Una excepción importante es la contenida en el artículo XXI relativo a la seguridad nacional. Sin embargo, los estados miembros de la OMC tienen, por lo general, una gran discreción para invocar esta medida, al decidir por ejemplo qué es lo que constituye un interés esencial en materia de seguridad¹³.

Otro de los artículos del GATT vinculado al sector energético, se refiere a las “empresas comerciales del Estado”, definidas como aquéllas verticalmente integradas, con derechos

¹² Ver párrafos *b, g y h*.

¹³ El artículo XXI establece que “No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que: a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas: i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación; ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas; iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales”.

exclusivos en sus áreas respectivas. Éstas están reguladas por el artículo XVII, que permite la propiedad estatal de entidades comerciales, monopolios de importación, u otras formas de empresas comerciales del estado. La finalidad principal de este artículo es evitar la adopción de medidas proteccionistas innecesarias. Es decir, se busca evitar una aplicación abusiva y discriminatoria de estos derechos exclusivos, y que estas entidades respeten las obligaciones contraídas por el Estado. Los países miembros se comprometen a que “si se funda o mantiene una empresa del Estado, en cualquier sitio que sea, o si concede a una empresa, privilegios exclusivos o especiales, dicha empresa se ajuste, en sus compras o sus ventas que entrañen importaciones o exportaciones, a los principios generales de no discriminación prescritos en el GATT...”¹⁴

Adicionalmente, existen en el acuerdo otras disposiciones que son relevantes para el sector de la energía, tales como las disposiciones relativas al dumping y los derechos compensatorios, a los subsidios, las salvaguardas, el desarrollo económico, y la transparencia.

2. Los servicios energéticos en el AGCS

La energía, como servicio, es regulada por el AGCS, aunque no es abordada como un sector específico. (Ver Recuadro 3) En efecto, si bien no está clasificada en la lista de servicios como “sector energético”, tal como se verá en el siguiente capítulo, la energía como servicio incluye una gran cantidad de actividades tales como la generación, la exploración, la distribución, la construcción, etc. La clasificación de estos servicios que forman parte de las actividades del sector energético es objeto de negociaciones actuales en la OMC.

RECUADRO 3 LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS EN EL AGCS

La liberalización de los servicios energéticos en el ámbito de las negociaciones multilaterales tiene lugar en el AGCS, el cual es administrado por la OMC. Este Acuerdo establece el marco multilateral de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios. Su liberalización progresiva se da a través de sucesivas rondas de negociaciones multilaterales, la primera de las cuales se realizó el año 2000.

El AGCS fue negociado durante la Ronda Uruguay que concluyó en 1994, y entró en vigencia en 1995 en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Hasta entonces, en el ámbito de las relaciones comerciales multilaterales sólo se debatía la liberalización del comercio de bienes. La Ronda Uruguay representó un triunfo de los países industrializados al lograr que los servicios, inversiones y los derechos de propiedad intelectual formaran parte de estas negociaciones multilaterales, debido a que éstos están cada vez más involucrados en la producción de bienes intensivos en conocimiento.

En la actualidad, los servicios, aunque representan más del 60 por ciento de la producción y el empleo mundiales, no suponen más del 20 por ciento del comercio total (según los datos de la balanza de pagos).

Fuente: www.wto.org y Ruiz Caro, Ariela, “Impactos de la Globalización y del TLC con Estados Unidos en la Educación”, ponencia presentada en la Conferencia Internacional “Globalización, Regionalización: nuevos desafíos para la gobernabilidad”, Foro Educativo, 16 a 19 de enero 2006, Pontificia Universidad Católica del Perú.

El AGCS tampoco define el término “servicios”, pero indica las cuatro formas en que estos se pueden prestar. Éstas son: a) suministro transfronterizo; b) consumo en el extranjero; c) presencia comercial; d) presencia de personas físicas ver recuadro 4.

¹⁴ Artículo XXVII del GATT.

RECUADRO 4

MODOS DE SUMINISTRO DE SERVICIOS DEFINIDOS EN EL AGCS

En el AGCS se distinguen cuatro modos de suministro de servicios: el comercio transfronterizo, el consumo en el extranjero, la presencia comercial y la presencia de personas físicas.

El suministro transfronterizo abarca, por definición, las corrientes de servicios del territorio de un Miembro al territorio de otro Miembro (por ejemplo, los servicios bancarios o los servicios de arquitectura prestados a través del sistema de telecomunicaciones o de correo);

El consumo en el extranjero se refiere a las situaciones en que un consumidor de servicios (por ejemplo, un turista o un paciente) se desplaza al territorio de otro Miembro para obtener un servicio;

La presencia comercial implica que un proveedor de servicios de un Miembro establece una presencia en el territorio de otro Miembro, mediante la adquisición en propiedad o arrendamiento de locales (por ejemplo, filiales nacionales de compañías de seguros o cadenas hoteleras), con el fin de suministrar un servicio;

La presencia de personas físicas consiste en el desplazamiento de personas de un Miembro al territorio de otro Miembro para prestar un servicio (por ejemplo, contables, médicos o profesores). En el Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas se especifica, no obstante, que los Miembros siguen siendo libres de aplicar medidas relativas a la ciudadanía, la residencia o el acceso al mercado de trabajo con carácter permanente.

Fuente: Sitio web de la OMC http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm

A diferencia del GATT, la estructura del AGCS permite a los países en desarrollo elegir el grado que deseen escoger para establecer sus compromisos y en qué sectores.

El sistema actual de “peticiones y ofertas” significa que los países pueden realizar peticiones a un miembro para que abra determinados sectores, pero el miembro tiene la opción de escoger si desea hacer una oferta en respuesta a las peticiones, y si es así, qué tipo de oferta.

Además, si bien el nivel de ambición de las negociaciones en el AGCS tiene como objetivo “alcanzar niveles cada vez más elevados de liberalización, existen flexibilidades que los países en desarrollo pueden utilizar cuando contraen compromisos de liberalización en materia de acceso a los mercados. Las reglas del AGCS contemplaron el principio de liberalización progresiva, lo cual permite a cada país miembro liberalizar los sectores que desee en función de los objetivos de su desarrollo nacional. Éstos pueden elegir no sólo los sectores, sino también los modos en los cuales se liberaliza, lo cual es conocido como enfoque de listas positivas. Ello se refleja en el Artículo IV, así como en el artículo XIX del AGCS. (Ver Recuadros 5 y 6).

RECUADRO 5

PARTICIPACIÓN DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO EN EL COMERCIO DE SERVICIOS

Participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios (Artículo IV)

Se facilitará la creciente participación de los países en desarrollo Miembros en el comercio mundial mediante compromisos específicos negociados por los diferentes Miembros del presente Acuerdo en relación con:

- a) el fortalecimiento de su capacidad nacional en materia de servicios y de su eficacia y competitividad, mediante, entre otras cosas, el acceso a la tecnología en condiciones comerciales;
- b) la mejora de su acceso a los canales de distribución y las redes de información; y
- c) la liberalización del acceso a los mercados en sectores y modos de suministro de interés para sus exportaciones.

Se dará especial prioridad a los países menos adelantados Miembros. Se tendrá particularmente en cuenta la gran dificultad de los países menos adelantados para aceptar compromisos negociados específicos en vista de su especial situación económica y de sus necesidades en materia de desarrollo, comercio y finanzas.

Fuente: Artículo IV, Acuerdo General de Comercio de Servicios.

RECUADRO 6

NEGOCIACIÓN DE COMPROMISOS ESPECÍFICOS (ARTÍCULO XIX)

El proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos Miembros, tanto en general como en los distintos sectores. Habrá la flexibilidad apropiada para que los distintos países en desarrollo Miembros abran menos sectores, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, fijen a ese acceso condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV.

En cada una de esas rondas se hará avanzar el proceso de liberalización progresiva mediante negociaciones bilaterales, plurilaterales o multilaterales encaminadas a aumentar el nivel general de los compromisos específicos contraídos por los Miembros en el marco del presente Acuerdo.

Fuente: Artículo XIX, Acuerdo General de Comercio de Servicios.

Estos principios, que permiten a los países en desarrollo estar exentos de la obligación de responder a las peticiones que se les remiten en los procesos de petición y oferta, si consideran que no se encuadran con sus objetivos de desarrollo, están también establecidas en las Directrices de negociación, adoptadas en 2001. (Ver Recuadro 7). Sin embargo, si bien los países solicitados no están obligados a responder, “están sometidos a enormes presiones políticas (como compromisos asociados a la seguridad nacional, en el caso de Arabia Saudita; o a las expectativas de un acuerdo sobre inmigración, en el caso de México) para que ofrezcan lo más posible.”¹⁵

El AGCS contiene disposiciones de carácter general como la aplicación de la cláusula del “trato a la nación más favorecida”, mediante la cual un país no podrá otorgar a una empresa extranjera un trato menos favorable que a otra empresa de otro país extranjero y el régimen de transparencia. Este principio se aplica solamente a los sectores en los que cada país haya explícitamente declarado su compromiso de liberalización. Ellos son el del “Trato Nacional” y el de “Acceso a los Mercados”.

RECUADRO 7

DIRECTRICES DE NEGOCIACIÓN DEL AGCS. PÁRRAFOS CLAVES

2. Las negociaciones estarán encaminadas a incrementar la participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios.

Habrá flexibilidad apropiada para los distintos países en desarrollo Miembros, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo XIX. Se dará especial prioridad a los países menos adelantados. Miembros, como se estipula en el párrafo 3 del artículo IV.

3. El proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales, el nivel de desarrollo y el tamaño de las economías de cada Miembro, tanto en general como en los distintos sectores. Se deberá prestar la debida consideración a las necesidades de los proveedores de servicios pequeños y medianos, en particular los de los países en desarrollo.
4. Las negociaciones tendrán lugar dentro de la estructura y los principios vigentes del AGCS, incluidos el derecho a especificar sectores en los que se contraerán compromisos y los cuatro modos de suministro, y respetarán esa estructura y esos principios.
11. La liberalización se llevará adelante mediante negociaciones bilaterales, plurilaterales o multilaterales. El principal método de negociación será el enfoque de peticiones y ofertas.

Fuente: Acuerdo General de Comercio de Servicios.

¹⁵ Ver Menotti, Víctor, La otra guerra por el petróleo: La agenda de Halliburton en la OMC, International Forum on Globalization www.ifg.org, 12 de junio de 2007.

Otros aspectos vinculados a los servicios energéticos se refieren al tema del acceso a los mercados¹⁶, de carácter específico, que establece que, en el ámbito del acceso a los mercados a través de los cuatro modos de suministro señalados, cada país miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos en su Lista.

Asimismo, establece que en los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, se eliminarán (a menos que en su Lista se especifique lo contrario):

- a) las limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y
- f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.

En cuanto al Trato Nacional¹⁷, (obligación de carácter específico), se establece que en los sectores inscritos en su Lista, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares ver recuadro 8.

RECUADRO 8 OBLIGACIONES GENERALES Y ESPECÍFICAS DEL AGCS

Todos los Miembros de la Organización Mundial del Comercio son signatarios del AGCS y han de asumir las obligaciones que se derivan de él.

Obligaciones generales

Cada Miembro ha de respetar ciertas obligaciones generales que se aplican con independencia de la existencia de compromisos específicos. Comprenden:

- el trato de Nación más Favorecida (artículo II),
- algunas disposiciones básicas en materia de transparencia (artículo III),
- la disponibilidad de recursos legales (párrafo 2 del artículo VI),
- compatibilidad de la actuación de los monopolios y los proveedores exclusivos con la obligación de trato NMF (párrafo 1 del artículo VIII),
- consultas sobre prácticas comerciales (artículo IX) y
- consultas sobre subvenciones que afectan al comercio (párrafo 2 del artículo XV).

¹⁶ Artículo XVI del AGCS.

¹⁷ Artículo XVII, Tercera Parte del AGCS.

Recuadro 8 (continuación)

Compromisos específicos

Cada Miembro tiene la obligación de asumir compromisos específicos relativos al acceso a los mercados (artículo XVI) y el trato nacional (artículo XVII) en sectores designados en la Lista de compromisos del país.

Fuente: Acuerdo General de Comercio de Servicios.

Otro de los aspectos que tiene relación directa con los servicios energéticos en particular, es el referido a la reglamentación nacional (Artículo VI) que señala que en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que “todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial”. Es importante destacar que el AGCS define como “medida” cualquier disposición adoptada por un país miembro “ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma”¹⁸.

En la práctica, esta disposición le confiere al AGCS cierta capacidad para interferir, mediante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en los esfuerzos gubernamentales por aprobar medidas que pudieran considerarse como “barreras innecesarias al comercio de servicios”, o que se estime que constituyan “obstáculos innecesarios que impidan garantizar la calidad del servicio”. El AGCS podría desarrollar “disciplinas” con el fin de ejercer un control estricto sobre las regulaciones y aplicar “exámenes de necesidad” destinados a determinar cuáles regulaciones son necesarias y cuáles no lo son.

El mismo artículo VI contempla “el establecimiento de tribunales o procedimientos judiciales que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados”. Sin embargo, “no se impondrá a ningún Miembro la obligación de establecer tales tribunales o procedimientos cuando ello sea incompatible con su estructura constitucional o con la naturaleza de su sistema jurídico.” En ese sentido, es importante que los países mantengan estructuras jurídicas que les permita tener un mayor nivel de autonomía en la definición de políticas económicas que, de lo contrario, podrían limitar sus márgenes de acción.

Otro aspecto importante del AGCS es aquél vinculado a las prácticas de negocios restrictivas que establece el artículo VIII (reglas sobre monopolios y proveedores exclusivos de servicios). Se busca que los proveedores de servicio no abusen de su posición monopolista para actuar en el territorio de un país miembro.

En relación con las áreas en el sector de la energía consideradas como monopolios naturales (i.e. en las áreas de transmisión y distribución) el artículo VIII del acuerdo requiere de los países miembros que estos se aseguren que a) el monopolio en cuestión no actúe en una forma inconsistente en relación con la obligación de trato NMF adoptada en una área en particular; y b) que el monopolio no abuse de su posición monopolística en los mercados de servicios fuera del área sobre la cual este tiene derechos exclusivos. Esa posición monopolística debe de ser autorizada por el Estado, de acuerdo con las disposiciones del artículo XXVIII (h)¹⁹.

Ríos (2005) considera que existe un desequilibrio en la aplicación de las reglas de comercio multilaterales en los segmentos recientemente liberalizados en mercados que estaban

¹⁸ Artículo XVIII del AGCS.

¹⁹ Ver Ríos Herran, Roberto (2005), “El acceso de Rusia a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su impacto potencial sobre los mercados de energía de los países del Grupo de Visegrado y de la Unión Europea” en Cuadernos de energía No. 7. 22 julio, Club Español de la Energía.

verticalmente integrados, particularmente en lo que se refiere al establecimiento comercial y a las prácticas restrictivas de comercio. “En este sentido, el AGCS estipula obligaciones legalmente vinculantes (incluyendo entre otras trato NMF, Trato Nacional, acceso a mercados y regulación doméstica) que se aplican al establecimiento de proveedores de servicios de energía, mientras que por el momento no hay una serie de reglas completas en lo referente a las inversiones en el área de bienes. Adicionalmente, el AGCS incluye reglas vinculantes en lo referente a la actuación y control de monopolios y proveedores exclusivos de servicios, al igual que el marco legal para desarrollar disciplinas regulatorias relacionadas con asuntos importantes anti-trust. Esto contrasta con la regulación de prácticas restrictivas de comercio realizadas por los productores de bienes, las cuales se encuentran fuera del alcance del ámbito de aplicación de las reglas de la OMC”²⁰.

3. La dimensión de los servicios públicos en el AGCS

Es importante destacar también, que el AGCS excluye de la liberalización de los servicios a aquéllos que “son suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”²¹. Para que un servicio de esta naturaleza esté amparado por esta exclusión prevista en el Tratado, no basta que sea suministrado por el Estado. Ésta debe cumplir tres condiciones: a) debe ser suministrado en ejercicio de autoridad gubernamental b) no debe ser suministrado sobre una base comercial; y c) no debe suministrarse en competencia con uno o más proveedores. Es decir, en el AGCS no se definen los servicios públicos con relación a su naturaleza o a las características del proveedor de los servicios, sino en función de las condiciones del mercado de la oferta (sobre una base no comercial y falta de exposición a la competencia).

El alcance de esta exclusión ha sido motivo de debate en el marco del AGCS en el sentido si basta cumplir una de las condiciones para justificar la exclusión o si las tres condiciones deben ser satisfechas simultáneamente. Así mismo, existen diferentes interpretaciones con respecto a lo que significa “suministrado en condiciones comerciales”. La Secretaría de la OMC admite que “no está completamente claro qué significa el término en condiciones comerciales”²².

Igualmente, la noción de no ser suministrado en competencia con uno o más proveedores de servicios similares está bajo consideración²³. Por ejemplo, en una nota sobre servicios de salud la Secretaría de la OMC ha opinado que la provisión de tratamiento médico y hospitalario directamente por el Estado, libre de costo, estaría cubierto por el Artículo I:3 c), pero que dicha provisión no se aplica a un sistema de salud donde existen proveedores públicos y privados²⁴.

Esta ambigüedad de la normativa permite que, en la práctica, puedan ser sujetos de liberalización los servicios básicos como energía, salud, educación, entre otros, pues salvo pocas excepciones, los Estados comparten el suministro de los mismos con el sector privado.

En el caso del sector energético, es importante destacar que desde mediados de la década de los ochenta, tuvieron lugar reformas estructurales en este sector, en un número considerable de países. Las empresas de servicios públicos de energía, que normalmente se iniciaron como entidades centralizadas o descentralizadas de gobierno, empezaron a separarse de éste. En este proceso, en términos jurídicos, la variedad de mecanismos utilizados para estructurar los servicios públicos se incrementaron significativamente.

²⁰ Ibid 19.

²¹ Artículo I:3 (b) del AGCS.

²² WTO S/CW/46.

²³ Para mayor información, ver: Abugattas Majluf, Luis, “Los Servicios en los acuerdos Bilaterales con los Estados Unidos: ¿GATS plus o GATS Menos?” Latin American Trade Network, Agosto 2004.

²⁴ WTO S/C/W/50.

En casi todos los casos, independientemente de la forma en que estén estructuradas, las empresas de servicio público de energía actúan crecientemente como sociedades de naturaleza comercial, guiadas por consideraciones de eficiencia y capacidad de respuesta a la demanda de los clientes. En ese sentido, la exención contemplada en el Artículo 1.3.(b)(c) del AGCS está cayendo en desuso con respecto a los grandes segmentos del sector que excluye de la liberalización de los servicios a aquéllos que son suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales. En general, las reformas estructurales y la privatización de los servicios públicos hacen inaplicable la exención mencionada.

En consecuencia, la reglamentación nacional de los servicios de energía que son suministrados como interés general, podrían ser sometidos a investigación en el AGCS. Esta situación tiene dos tipos de implicaciones en la regulación. En primer lugar, la disciplina general del AGCS (sobre todo, las normas sobre transparencia y nación más favorecida) tendrían incidencia en las leyes, las regulaciones y los requisitos relativos a los servicios públicos en el sector de la energía, incluso en ausencia de compromisos concretos. En segundo lugar, si se establecen compromisos específicos en el sector de la energía (el acceso al mercado y el trato nacional) se podrían aplicar a las reglamentaciones internas que conciernen a los servicios públicos (Musselli y Zarrilli, 2005).

Sin embargo, la incorporación de los servicios públicos en el AGCS no implica la desaparición de las obligaciones del Estado para suministrarlos. Los Estados miembros tienen algunos márgenes para reglamentar algunas normas en las empresas públicas y público/privadas cuyas operaciones de servicios públicos operan con criterios de interés económico general. Éstas pueden estar vinculadas a la seguridad, regularidad, calidad y precio de los suministros, así como con la protección del medio ambiente. Pero, en la medida en que las obligaciones de los servicios públicos impliquen limitaciones en el acceso al mercado y / o trato nacional, éstas deben ser especificadas.

4. El alcance de las compras públicas en los servicios energéticos

El ámbito de la contratación pública en el sector de los servicios energéticos es crucial en la definición de compromisos futuros. En la Organización Mundial de Comercio, las reglas multilaterales de compras públicas están contenidas en tres instrumentos legales: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT); el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS)²⁵; y el Acuerdo de Compras Públicas (GPA).

i) El Acuerdo de Compras Gubernamentales (GPA)

En el marco del GPA los países miembros deben asegurarse de que sus empresas públicas no otorguen precios y otras preferencias (trato nacional) a los productos nacionales, a los servicios y en las licitaciones. Tampoco podrán discriminar entre productos, servicios y licitaciones (principio de nación más favorecida) a los proveedores de diferentes países signatarios.

En ese sentido, las entidades adjudicadoras no pueden utilizar objetivos de desarrollo (por ejemplo, generación de empleo y transferencia de tecnología), como criterios para la adjudicación de contratos. Sin embargo, los países en desarrollo podrán continuar utilizando compensaciones como criterios para la calificación en la participación del proceso de contratación, con la condición de que éstos sean negociados durante la adhesión, que sean claramente definidas y se apliquen de manera no discriminatoria.

²⁵ El tema de las compras gubernamentales está aún pendiente de ser resuelto en el Grupo de Trabajo sobre las normas del AGCS (WPGR).

Cabe destacar, que el GPA es un acuerdo plurilateral, que a diferencia de otros multilaterales como el GATT o el AGCS, cuyas disposiciones atingen a todos los miembros de la OMC, el GPA sólo se aplica a los miembros de la OMC que lo han suscrito ver recuadro 9.

RECUADRO 9
ACUERDO DE COMPRAS GUBERNAMENTALES

Su membresía, en la actualidad, se limita a países desarrollados. Entre los países en desarrollo, sólo tres (Hong Kong-China, Singapur y Corea del Sur) lo han suscrito. Sus disposiciones se aplican sólo a las compras realizadas por las entidades adjudicadoras que cada una de las Partes ha incluido en su lista en los anexos 1 a 3 del Apéndice I del GPA. Sólo se incluyen contratos que superan determinados umbrales de valor.

En los anexos 4 y 5 se especifican, mediante listas positivas, “servicios” y “servicios de construcción”, respectivamente, en la medida que no se mantienen limitaciones ni calificaciones en los anexos referidos.

Las Partes han acordado la lista de entidades que forman parte del acuerdo a través de las negociaciones bilaterales sobre la base de concesiones recíprocas. Estas concesiones bilaterales han sido extendidas y generalizadas a los demás signatarios pero con amplias exenciones NMF. La cobertura de las entidades se ha ido ampliando a través de negociaciones periódicas.

Fuente: Acuerdo General de Comercio de Servicios.

ii) El Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS)

El actual marco legal del AGCS permite a los países miembros amplias flexibilidades para otorgar preferencias en las adquisiciones, cuando éstas tienen objetivos de política nacional. De acuerdo a la reglamentación del AGCS²⁶, las leyes, reglamentos y requisitos relativos a los servicios de contratación por organismos gubernamentales, están exentos de las disciplinas de la nación más favorecida, el trato nacional y el acceso a los mercados.

En virtud de esta amplia “exclusión”, la adopción de medidas nacionales relativas a la contratación pública de servicios puede: (i) discriminar en favor de los proveedores nacionales; (ii) discriminar entre proveedores extranjeros y locales, (iii) impedir, por cualquier medio, el acceso de extranjeros en la adquisición en el mercado interno.

No obstante lo dispuesto en esta amplia exención de las más importantes disciplinas del AGCS, la contratación pública sigue siendo objeto de tres disciplinas generales presentes en el AGCS, en especial, la que se refiere a requisitos de transparencia.²⁷

Otro de los temas de interpretación en discusión con respecto a las excepciones a los principios generales del AGCS en materia de compras públicas, que tiene vinculación con los servicios energéticos, es el referido a aquéllas que tienen fines comerciales. Como es sabido, las excepciones a las licitaciones públicas están permitidas en la medida que éstas tengan “propósitos gubernamentales” y no con miras a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial.

(Muselli y Zarrilli, 2005) sostienen que las compras públicas, en el sentido del artículo XIII: 1 del AGCS, implica que los gobiernos o sus agentes actúen como consumidores, es decir que la adquisición de servicios tenga un consumo final gubernamental y no fines comerciales. Por lo tanto, de acuerdo a la normativa del AGCS, ésta excluye claramente del ámbito de aplicación de las compras gubernamentales a aquellas adquisiciones realizadas por organismos

²⁶ Artículo XIII del AGCS.

²⁷ Artículo II del AGCS.

gubernamentales como intermediario de insumos en actividades comerciales o industriales²⁸ ver recuadro 10.

RECUADRO 10
CONTRATACIÓN PÚBLICA DESTINADA A FINES GUBERNAMENTALES
EN EL AGCS (ARTÍCULO XIII)

1. Los artículos II (Trato de la nación más favorecida); XVI (Acceso a los mercados) y XVII (Trato nacional) no serán aplicables a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la contratación por organismos gubernamentales de servicios destinados a fines oficiales y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial.

Fuente: Acuerdo General de Comercio de Servicios.

En ese sentido, este tipo de adquisiciones públicas hacen referencia a actividades del Estado como actor económico. De allí que, las adquisiciones públicas de servicios vinculadas a actividades comerciales o industriales en el sector de hidrocarburos realizadas por el Estado, serían interpretadas en el ámbito de la normativa del AGCS como actividades de “comercio estatal” más que como consumo final de uso gubernamental. Esta realidad, está usualmente asociada con el derecho privado y sugiere igualdad de trato entre las entidades públicas y las homólogas privadas.

El AGCS no tiene normativas que hagan referencia a actividades comerciales del Estado, como sí se norma en el Artículo XVII del GATT que hace referencia a las Empresas estatales comerciales. El artículo VIII del AGCS, que norma Los Monopolios y Proveedores Exclusivos de Servicios se establece que un proveedor de servicios monopólicos no debe tener la posibilidad de contravenir el principio de la cláusula de nación más favorecida, ni a abusar de su posición de monopolio. Este artículo, así como el artículo IX referido a las Prácticas Comerciales Restrictivas, sólo se refiere a las actividades de suministro por los monopolios, y no de sus prácticas de compra.

El hecho de que el AGCS no prevé una normativa específica para las compras públicas de servicios con fines comerciales, no implica que esta dimensión de la actividad comercial del Estado quede fuera de la cobertura del Acuerdo. Desde una perspectiva jurídica, lo que no está explícitamente exento del AGCS, en lo que a las obligaciones generales del Acuerdo se refiere²⁹, se encuentra, virtualmente dentro de su cobertura. En consecuencia, se puede afirmar que las medidas que afectan las adquisiciones de energía por empresas nacionales de petróleo, por ejemplo, son actualmente objeto de la disciplina general del AGCS (Nación más favorecida y transparencia). Del mismo modo, los compromisos específicos en el sector energético se extenderían, salvo que esté previsto lo contrario, para la adquisición de servicios energéticos por empresas estatales.

En el caso de la industria petrolera, por ejemplo, la contratación por las entidades comerciales del Estado representan la mayor parte de lo que comúnmente se entiende como compras públicas. La inclusión de esta dimensión de la actividad comercial del Estado en las disciplinas generales y específicas del AGCS, podría afectar seriamente la capacidad de mantener la política y la flexibilidad regulatoria en la contratación pública (como comúnmente se entiende) en el sector petrolero.

No obstante, los miembros de la OMC que deseen excluirse de medidas relativas a las compras de empresas estatales de la disciplina del AGCS disponen de algunas opciones. En

²⁸ En el sector del petróleo, los gobiernos suelen adquirir los servicios a ser utilizados como insumos en la extracción y procesamiento de hidrocarburos que luego son comercializados y exportados.

²⁹ Ver Recuadro 8.

primer lugar, se pueden programar las limitaciones a los compromisos específicos en el sector de la energía, con el fin de mantener la flexibilidad de reglamentación con relación a las compras gubernamentales con fines comerciales.

Al hacerlo, debe reconocerse que las medidas relativas a estas prácticas de compra no están cubiertas por las exenciones (trato de nación más favorecida, acceso a los mercados y trato nacional previstas en el Artículo del AGCS sobre compras públicas³⁰. Estas limitaciones pueden ser sujetas a presión en el presente y futuro de las rondas comerciales. Por otro lado, las normas de aplicación general del AGCS (Nación más Favorecida y transparencia) seguirían siendo aplicables.

Asimismo, los países pueden solicitar una autorización en el AGCS, que, vía una interpretación amplia de las exenciones del Acuerdo, les permita mantener políticas de regulación con relación a la compra de servicios energéticos por parte de entidades públicas ver recuadro 11.

RECUADRO 11 CONFLICTIVIDAD DE LAS COMPRAS REALIZADAS POR EMPRESAS PÚBLICAS EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Las contrataciones o compras realizadas por empresas o entidades gubernamentales que operan en el sector energético presentan a menudo conflictos. En el caso de la industria petrolera, por ejemplo, no está claramente definido si estas actividades de servicios energéticos, debido al carácter público de su convocatoria, deben sujetarse a las normas del AGCS. En el área de compras públicas y licitaciones o subastas utilizadas en el otorgamiento de concesiones, surgen algunos conflictos con respecto a métodos que atañen a restricciones o limitaciones. Por ejemplo, se puede restringir una licitación para la adquisición de servicios energéticos a la participación de determinados países.

Un ejemplo de ello es el caso de una licitación realizada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos en diciembre de 2003. En aquella oportunidad, dicha entidad dio a conocer su decisión de limitar la participación a ciertos países en la licitación de 26 obras públicas, oferta y contratos de servicios que serían adjudicadas conjuntamente por la Autoridad Provisional de la Coalición de Irak y el Departamento de Defensa. La comunicación señalaba que, para proteger los intereses esenciales de seguridad de los Estados Unidos, era necesario limitar dicha licitación a empresas de los Estados Unidos, Irak, países socios de la Coalición y naciones que contribuyen con fuerzas de contingentes. Naciones como Francia y Alemania, estaban impedidas de participar³¹.

Esa medida, de acuerdo a la definición de lo que son medidas en el AGCS³², contraviene sus normas, al incumplir los estándares del trato de nación más favorecida. Tal como ya fue señalado, el tratamiento de NMF es una obligación general del AGCS, es decir, que también se aplica con respecto a los servicios que no hayan sido específicamente comprometidos. Esto implica que las prácticas discriminatorias en los servicios energéticos, en el caso citado, el sector petrolero, podrían ser impugnadas en el AGCS, aún en ausencia de compromisos específicos en ese sector. Sin embargo, dos artículos del AGCS podrían permitir este tipo de medidas: la primera, consiste en que las concesiones no deberían estar sujetas al AGCS. La segunda, que los procedimientos de licitación, entre otros, están cubiertos por la exención pública en el marco del AGCS artículo XIII: 1.

Fuente: Musselli, Irene y Zarrilli Simonetta, "Oil and gas services: market liberalization and the ongoing AGCS negotiations", *Journal of International Economic Law* Vol. 8 No. 2, Oxford University Press 2005.

³⁰ El artículo XIII del AGCS establece que las normas de trato de nación más favorecida (Artículo II), acceso a los mercados (Artículo XVI) y trato nacional (Artículo XVII) no serán aplicables a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la contratación por organismos gubernamentales de servicios destinados a fines oficiales y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial.

³¹ Determinations and Findings, adopted 5 December 2003, Findings 4. Available online at: http://www.washingtonpost.com/wp-srv/world/documents/iraqcontracts_dod20031205.pdf.

³² Ver capítulo siguiente.

iii) El tema de las concesiones

Este aspecto es fundamental en el sector energético. En las concesiones los gobiernos otorgan determinados derechos exclusivos a una entidad privada por un tiempo determinado con el fin de gestionar las obras públicas o recursos que son de propiedad del Estado, o para ofrecer un servicio público que era de exclusiva competencia de un gobierno.

Si los acuerdos de concesión se consideran como adquisiciones públicas, las normas que las regirán estarán incluidas en el GATT (Artículo III: 8), y no en el artículo XIII:1 del AGCS. En este sentido, cabe destacar que, mientras que las medidas que afectan la adquisición de servicios están exentas, en virtud del AGCS artículo XIII: 1, tanto de las obligaciones de trato nacional y de nación más favorecida, el artículo III: 8 del GATT exime a las medidas relativas a la contratación pública de bienes sólo de la obligación de trato nacional.

B. El rol de los organismos multilaterales en las reformas del sector energético

Los organismos multilaterales de crédito, especialmente el Banco Mundial, han desempeñado un papel importante en el desarrollo de los recursos energéticos. Su participación fue creciente después de la crisis del embargo decretado por la OPEP, que dio lugar a un drástico incremento de precios durante la década de los setenta.

El impacto del alza de los precios del petróleo impulsó el proceso inflacionario y la recesión económica mundial más severa desde los años treinta, especialmente, en los países importadores de petróleo. Sin embargo, sus orígenes datan de fines de los sesenta a raíz de la crisis monetaria internacional que alcanzó su punto culminante con la devaluación del dólar en 1971, luego de la declaración de inconvertibilidad del oro y, en 1973, con el fin del sistema de cambios de paridades fijas establecido en Bretton Woods.

En julio de 1981, el Ministerio de Hacienda de Estados Unidos, en un informe titulado “Una revisión del programa de préstamos de energía del Banco Mundial,” planteó una serie de medidas con el fin de que dicha institución pudiera fomentar la inversión privada en proyectos hidrocarbúricos, especialmente gas y petróleo. En el informe se consideró que el Banco Mundial, en su calidad de inversionista multilateral, podría impulsar inversiones privadas en ese sector, con el fin de “expandir y diversificar provisiones mundiales de energía y mejorar su seguridad, así como reducir el poder de la OPEP sobre los precios del mercado de petróleo.” Asimismo, podría ayudar a los países menos desarrollados a revisar su estructura de incentivos para impulsar inversiones³³.

Es así, que “después de la crisis de los setenta, el Banco Mundial tuvo un papel prominente en el sector de gas y petróleo, ayudando a los países miembros en el desarrollo de sus recursos energéticos. “Desde 1980, el Banco ha financiado Proyectos de Promoción y Exportación de Petróleo (PPEP) y otras formas de reforma legal y asistencia técnica (TA) al sector de petróleo, con el objetivo constante de ser catalizador para la movilización de entradas de inversiones extranjeras directas para los sectores petroleros de muchos de los miembros que le piden prestado al Banco³⁴.

³³ Office of International Energy Policy, An Examination of The World Bank Energy Lending Program, Assistant Secretary, U.S. Department of the Treasury, 28 de julio de 1981.

³⁴ Onorato, William T., (Principal Counsel, Energy & Mining), Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development, Departamento Legal del Banco Mundial, febrero 1995, tomado de la red de energía y economía

Los organismos financieros multilaterales han asignado importantes recursos para que los países en desarrollo se integren al sistema mundial de comercio mediante préstamos destinados a reformas que involucran la política e institucionalidad de las naciones, líneas de crédito para importadores y exportadores del sector privado, así como apoyo a proyectos de infraestructura para facilitar el comercio. Así, la liberalización del comercio (especialmente la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias) en el hemisferio durante las últimas dos décadas, ha sido acompañada con grandes reformas estructurales impulsadas por el Banco Mundial y el BID.

A principios de la década de los noventa, los organismos multilaterales, en general, han promovido reformas legislativas y reguladoras, que han dado lugar a un incremento de inversiones del sector privado en proyectos hidrocarburíferos. Si bien ello ha contribuido a incrementar las reservas y la producción del gas y petróleo en el mundo, y a que los países en desarrollo puedan disponer de ingresos fiscales como resultado de las regalías y cánones pagados por las empresas inversoras, no han contribuido a un mayor acceso de la población a los servicios energéticos. La mayor parte del petróleo y gas proveniente de los países en desarrollo se destina a satisfacer las necesidades crecientes de los países desarrollados. Según un estudio de Public Services Internacional, 82% de los proyectos de extracción de petróleo financiados por el Banco Mundial, fueron destinados a la exportación.

Las principales beneficiarias de este proceso han sido las grandes corporaciones petroleras. Entre ellas, destacan por su nivel de participación en proyectos financiados por el Banco Mundial, Halliburton, (EU) Shell, seguida por Chevron Texaco (EU), Total (Francia), ExxonMobil (EU), Bechtel (EU), BP (Reino Unido), Unocal (EU), Eni (Italia), BHP (Australia), British Gas y Enron (EU)³⁵.

Asimismo, las reformas del Estado de los noventa –de la cual la política de privatizaciones fue uno de los elementos centrales– y la modernización del sector energético en la región, se llevó a cabo con el asesoramiento técnico y financiero del FMI, del Banco Mundial y del BID.

En mayor o en menor grado, los países de la región liberalizaron sus regímenes de tratamiento a las inversiones, así como del sector de servicios, desde principios de la década de los noventa. En algunos casos como Chile y Bolivia, las reformas se realizaron con anterioridad. En el sector energético, estas reformas significaron la eliminación de los obstáculos a las operaciones de las empresas privadas nacionales y extranjeras en todas las ramas de la industria energética, desde la exploración y producción de gas y petróleo, hasta la distribución y venta de productos petroleros en el mercado final. Si bien la mayoría de los países de la región modificaron sus marcos normativos en el sector, los grados de liberalización fueron diferentes. En muchos casos, éstos estuvieron limitados por preceptos establecidos en sus respectivas Constituciones; en otros, se consideró que se trataba de un sector estratégico. No obstante, las leyes de inversión extranjera implementadas en la mayoría de países de la región, y consolidadas en los TLC que muchos gobiernos han suscrito o se encuentran negociando con Estados Unidos, intentan asegurar que las inversiones, en particular en el sector energético, no serán obstaculizadas por elementos vigentes en las respectivas legislaciones nacionales.

Las medidas comunes instrumentadas en casi todos los procesos de transformación del sector, comprendieron la racionalización de subsidios; ajustes a los precios de los combustibles y de la energía eléctrica tendiendo a nivelarlos a los precios de oportunidad (adoptando

sustentable, SEEN (por sus siglas en inglés) proyecto del Instituto de Estudios Políticos en Washington, DC y del Instituto Transnacional.

³⁵ Red de energía y economía sustentable, SEEN (por sus siglas en inglés) proyecto del Instituto de Estudios Políticos en Washington, DC y del Instituto Transnacional.

mecanismos de precios de paridad de importación/exportación); reformas en las organizaciones, tendientes a la racionalización del gasto; identificación de unidades de negocio, tercerización y creación de holdings de empresas. Los países que realizaron las reformas económicas más profundas fueron Argentina, Bolivia y Perú.

Se pensó que, en la medida en que las reformas mencionadas fueran profundizándose, los procesos de integración del sector también lo harían. Asimismo, se consideró que la apertura de mercados daría lugar a una considerable expansión de las oportunidades de negocios para los actores privados en la construcción de infraestructura para las interconexiones energéticas. Dichos proyectos energéticos contaron con el apoyo financiero del Banco Mundial, del BID y del Banco de Exportaciones e Importaciones de Estados Unidos (EXIMBANK).

Sin embargo, éstas no dieron los resultados esperados. Las políticas energéticas liberalizadoras están siendo revisadas, especialmente en Sudamérica. Se observa cierta tendencia a rescatar un papel más activo del Estado en las actividades energéticas y a hacer del planeamiento estatal de los mercados energéticos un instrumento indicador indispensable en la canalización y coordinación de las inversiones de los agentes privados y públicos. Asimismo, la preservación de los recursos no renovables y la autonomía de los Estados para regular su explotación, ha sido nuevamente reivindicado como parte de las políticas energéticas (Ruiz Caro, 2006).

Es importante destacar que, en el caso del sector eléctrico, por ejemplo, algunos economistas del Banco Mundial han afirmado que las inequidades debían remediarse antes de privatizar el sector eléctrico. Anotan que “el resultado es que si los gobiernos no corrigen la exclusión de los pobres por medio de políticas específicas, los pobres quedarán igual de excluidos en la post-privatización como lo eran antes”³⁶.

Los resultados poco satisfactorios en términos de acceso universal a los servicios básicos, en general, y energéticos, en particular, se han convertido, con el inicio del milenio, en tema de preocupación de las agendas nacionales e internacionales de los gobiernos. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el pasado, los enfoques a corto plazo propugnados por las instituciones financieras internacionales dieron lugar a soluciones basadas en el mercado que se seleccionaron para prestar servicios esenciales con la esperanza de obtener una respuestas más rápida y eficaz.

La UNCTAD señala la importancia de que los objetivos del acceso universal deben reflejar los objetivos nacionales de desarrollo con visión de futuro. Por ello, es necesario que las medidas nacionales destinadas a alentar el desempeño de las empresas locales sirven para apoyar e incluso deben preceder a la apertura de los mercados a la competencia internacional. Ello permite que todos los agentes del mercado puedan aprovechar plenamente los beneficios que se derivan de la entrada de inversión extranjera directa en el mercado local.

³⁶ Estache, Antonio (Banco Mundial), Andres Gomez-Lobo (Universidad de Chile), and Danny Leipziger (Banco Mundial), “Utilities ‘Privatization’ and the Poor’s Needs in Latin America: Have We Learned enough to Get it Right?”, exposición presentada en Infrastructure for Development: Private Solutions and the Poor Conference, Londres, 31 de mayo a 2 de junio de 2000. www.ppiaf.org/conference/estache-rev.pdf.

IV. Las negociaciones de los servicios energéticos en la OMC

A. La definición de los servicios energéticos en el AGCS

A la fecha, los Miembros de la OMC no han acordado una clasificación única a ser utilizada por todos los Miembros en el contexto de la negociación y en la consignación de compromisos en sectores específicos. No obstante, durante la Ronda Uruguay se elaboró un instrumento con esa finalidad: la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios.³⁷ Este documento contiene una lista de sectores de servicios basada en la Clasificación Central Provisional de Productos (CPC) de las Naciones Unidas, de 1991. Allí se dividen todos los servicios en 12 sectores generales, que se subdividen a su vez en unos 160 subsectores ver recuadro 12.

RECUADRO 12
SECTORES GENERALES OBJETO DE REGULACIÓN
EN EL ACUERDO GENERAL DE COMERCIO DE SERVICIOS

Los servicios dentro del marco del AGCS están clasificados en:

- administrativos incluyendo servicios profesionales, de computación y de comunicaciones
- construcción e ingeniería relacionadas
- distribución
- educativos
- ambientales
- financieros
- salud
- sociales
- turismo y servicios relacionados a los viajes
- recreacionales, culturales y deportivos
- transporte
- otros

Cada uno de los sectores, a su vez, contiene varios sub-sectores

Fuente: www.wto.org

La clasificación de los servicios constituye uno de los temas centrales de discusión en el marco del AGCS. El Comité de Compromisos Específicos (CCE) es el órgano subsidiario encargado de abordar temas de clasificación de los servicios; y éste ha desempeñado, así mismo,

³⁷ Esta lista figura en el documento MTN.GNS/W/120 de 10 de julio de 1991 (W/120).

un papel de importancia en el contexto de la ronda de negociaciones lanzada, al amparo del Artículo XIX del AGCS, en febrero del 2000. En el caso de los servicios energéticos, como en el de otros servicios, el tema de clasificación ha sido debatido extensamente en el marco de tales negociaciones, pero no se ha logrado un acuerdo.

1. Los Servicios Energéticos

En el tratamiento otorgado a los servicios energéticos no existe una sección separada que los aborde. Sin embargo, dicho documento (W/120) contiene tres subcategorías específicas que se han identificado como parte de un posible sector de "servicios energéticos". Estos son, los "servicios relacionados con la minería", los "servicios relacionados con la distribución de energía" y el "transporte por tuberías de combustibles". "Esas actividades constituyen categorías de otros sectores de servicios enumerados en el documento W/120: los servicios prestados a las empresas en los dos primeros casos, y los servicios de transporte en el último. Teniendo esto presente, no se debería descartar que se considerara que algunas actividades no especificadas y relacionadas con el sector de los servicios energéticos están abarcadas por otras categorías del documento W/120 y la CPC.³⁸ Tal determinación sería esencial para tratar de precisar el contenido de una nueva sección separada para los servicios energéticos"³⁹.

Otra dificultad que se observa para definir los servicios energéticos es el hecho de que otros servicios que intervienen en la cadena de valor añadido de la energía (desde la producción hasta la venta a los consumidores finales) figuran en todo el abanico de sectores de servicios de la lista, por ejemplo la investigación y desarrollo, la ingeniería, la construcción, la consultoría en administración, los servicios relacionados con el medio ambiente y los servicios financieros y de distribución. Estos servicios se podrían denominar "servicios relacionados con la energía" porque guardan relación, aunque no de carácter exclusivo, con el sector de la energía.

Sin embargo, esta situación no se presenta solamente en el sector de la energía, toda vez que la mayor parte de las actividades o sectores económicos exigen una variedad de aportaciones de servicios que en muchos casos se conciben o se adaptan para distintos usos finales. "Por ejemplo, hay servicios de ingeniería, financieros o de la construcción especialmente adaptados para el sector de la energía y también para el sector de las telecomunicaciones. El disponer de una definición completa del sector de los servicios energéticos facilitaría sin duda el examen de la totalidad de los servicios involucrados en el sector, pero eso no equivale a garantizar una cobertura completa de los compromisos contraídos en el marco del AGCS"⁴⁰.

La mayoría de especialistas coincide en señalar que uno de los factores que explican la forma insuficiente en que se abordó el sector de los servicios energéticos en el documento W/120 tiene que ver con la realidad estructural de los mercados energéticos en el momento en que éste se definió. En efecto, los esfuerzos de negociación realizados en la Ronda Uruguay se centraron en "sectores de servicios independientes fácilmente identificables, en los que el comercio internacional de servicios ya era considerable y respecto de los cuales existía interés en su liberalización comercial. En cambio, los mercados de la energía se caracterizaban en esa época por estar integrados verticalmente y por la existencia de empresas estatales que operaban

³⁸ Por ejemplo, los servicios relacionados con la minería, CPC 883, se definen como "servicios realizados a comisión o por contrata en yacimientos de petróleo y de gas, como la perforación, la erección, reparación y desmantelamiento de torres de perforación, y la cementación del entubado de los pozos de petróleo y de gas". En el documento W/120 se incluyen también en este sector los "trabajos de preparación de terrenos para la minería" (CPC 5115).

³⁹ Taca-Vielma, Jasmin, "Un tema de debate: la definición de los servicios energéticos en relación con el AGCS" en *Servicios energéticos y Ambientales: Objetivos en las negociaciones y prioridades en materia de desarrollo*, UNCTAD, Ginebra, 2003.

⁴⁰ *Ibid* 37.

principalmente en mercados nacionales en posiciones de monopolio y que realizaban la mayor parte de sus servicios internamente...En otros términos, el comercio internacional en los segmentos de servicios del sector energético y el interés en la liberalización comercial en el marco del AGCS que se derivaría de ese comercio quizá no estaban suficientemente desarrollados como para merecer atención durante la Ronda Uruguay”⁴¹.

Sin embargo, esta situación ha ido variando debido a las reformas estructurales que han tenido lugar en este sector en muchos países, lo cual ha dado lugar a una desagregación de los servicios y a un incremento en la participación del sector privado. Es así, que la identidad de los servicios energéticos como sector separado, se ha venido revisando técnicamente desde 1999.

Uno de los problemas en la definición de los servicios energéticos radica en evitar la superposición de algunos rubros referentes a la energía. Como fue señalado, en tanto mercancía, la energía está reglamentada por el régimen comercial del GATT. En los aspectos ligados propiamente a lo que constituirían servicios, están reglamentados por el régimen del AGCS. (Tacoa-Vielma, 2005) sostiene que algunas de las actividades de la cadena de energía que se examinan para su inclusión en la definición de los "servicios energéticos", cuyo comercio está sometido al AGCS, podrían constituir o formar parte de la producción o fabricación de productos energéticos. El punto radica en cómo tratar esas actividades estrechamente relacionadas con la producción de energía. Entre los ejemplos de estas actividades figuran los servicios relacionados con la minería, la extracción petrolífera (perforación), la refinería de petróleo y la generación de electricidad.

Como ya fue mencionado, las reformas estructurales en el sector energético, han determinado la separación de un conjunto de actividades, las mismas que pueden ser consideradas como servicios y que pueden, por lo tanto, ser objeto de negociaciones de liberalización en el comercio internacional. En este contexto, un grupo de países miembros de la OMC, el denominado “Amigos del Grupo Energético” ha venido trabajando en la definición de una clasificación de los servicios energéticos que, en lo posible, refleje las actuales condiciones del mercado para el sector energético.

Como resultado de esta actividad, se han presentado listas para ser consideradas por todos los miembros de la OMC. Una lista es impulsada por Chile, la Unión Europea, Japón y Estados Unidos, y la otra ha sido presentada por Venezuela. En el primer caso, mas que apoyar una nueva estructura de clasificación, ésta provee una correspondencia entre la lista contenida en el documento W/120, la lista correspondiente a la Clasificación Provisional de Productos Centrales de las Naciones Unidas (UNCPC)⁴² y los mayores segmentos de actividades de servicios energéticos ver recuadro 13.

La segunda lista, presentada por Venezuela⁴³, y denominada como “la realidad comercial de los servicios energéticos y los servicios relacionados con la energía” intenta cubrir todos los servicios comercializados en relación con todas las fuentes de energía y es más detallada que la lista impulsada por los cuatro países mencionados. Entre otros, la lista divide los servicios entre aquéllos correspondientes a las actividades upstream (entre otros, servicios para explotar y desarrollar recursos energéticos) y actividades downstream (como los servicios de diseño, construcción, operación y mantenimiento de facilidades energéticas, incluyendo redes).

⁴¹ Ibid 39.

⁴² La UNCPC tampoco clasifica los servicios energéticos como una categoría aparte. Sin embargo, el Anexo I provee un compendio de productos relacionados con la energía, los cuales están listados con diferentes categorías, incluyendo éstos.

⁴³ Documento S/CSS/W/69, 19 de mayo de 2003.

RECUADRO 13
PRINCIPALES SEGMENTOS DE LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS ENERGÉTICOS

Estas actividades están divididas en cuatro amplias categorías:

- a) Servicios de exploración y desarrollo;
- b) Transporte de combustibles y servicios de transmisión y distribución de energía;
- c) Servicios de comercialización de energía
- d) Otros importantes servicios para el suministro energético, productos energéticos y combustibles.

Esta última categoría incluye importantes servicios para la provisión de servicios energéticos, pero que no son exclusivos del sector energético. De los países que proponen esta lista, solamente hay algunos casos en los cuales hay actividades que quedan fuera de las listas de clasificación ya existentes (W/120, UNCP), tal como es el caso del comercio de venta al por mayor y la venta al por menor de electricidad.

Fuente: Muselli, Irene y Zarrilli, Simonetta, “Oil and gas services: market liberalization and the ongoing AGCS negotiation, *Journal of International Economic Law (JIEL)* Vol. 8 No. 2, Oxford University Press 2005.

La delegación de Indonesia también puso en consideración a los miembros de la OMC, una tercera lista⁴⁴, que es considerada la más detallada de las tres presentadas y reflejan, en un sentido amplio, la realidad del mercado del sector de los servicios energéticos, así como algunas peculiaridades del sector de este país. La última discusión sobre clasificación de servicios energéticos tuvo lugar en 2006 y se centró en el documento presentado por Indonesia⁴⁵.

La propuesta incluye los servicios energéticos en los sectores de petróleo, gas y electricidad. Estos sectores cubren un amplio rango de servicios subdivididos en servicios upstream y downstream, servicios de comercialización, profesionales y otros. En la propuesta se considera que el marco multilateral de negociaciones de este sector debe contemplar el respeto a los objetivos de políticas nacionales y el derecho de los miembros a regular la oferta de servicios energéticos dentro de sus territorios. Asimismo, deben reconocerse las necesidades particulares de los países en desarrollo en el sector energético ver recuadro 14.

RECUADRO 14
SÍNTESIS DE LA PROPUESTA DE INDONESIA SOBRE CLASIFICACIÓN DE SERVICIOS ENERGÉTICOS

Las principales clasificaciones propuestas son las actividades upstream, downstream, comercialización, actividades profesionales y otras actividades de servicios energéticos, que cubren un ámbito completo de los servicios energéticos.

- a) Los “servicios upstream” comprenden las energías renovables y no renovables
- b) Los “servicios downstream” se relacionan con la transformación de la energía, el transporte y la distribución de servicios.
- c) La “comercialización de servicios energéticos” comprende el suministro al por mayor y al por menor de energía y comisión de los agentes de servicios de energía.
- d) Los “servicios profesionales” comprenden servicios técnicos y la formación de recursos y servicios para el desarrollo.

⁴⁴ Documentos sobre propuestas de clasificación de servicios energéticos S/CSC/W/4227, 7 de noviembre de 2003 y S/CSC/W42/Rev.1/Corr.1, 25 de noviembre de 2004.

⁴⁵ Documento S/CSC/W/42/Rev.1. Reportes de la discusión pueden encontrarse en los documentos S/CSC/M/38 y S/CSC/M/39.

Recuadro 14 (continuación)

e) Los “otros servicios energéticos” cubren cualquier actividad no incluida en el grupo anterior de servicios

Fuente: Communication from Indonesia: Proposal on Classification on Energy Services. Revision, S/CSC/W/42/Rev.2, Ginebra, 28 de abril de 2006.

B. Estado actual de las negociaciones de servicios energéticos

En la actualidad, las negociaciones en el área de servicios, incluidos los energéticos, se están desarrollando según la metodología que se adoptó en la Conferencia Ministerial de Hong Kong, en diciembre de 2005. En dicha Declaración Ministerial se decidió, en el ámbito de los servicios, intensificar las negociaciones para ampliar el número de sectores y los modos de prestación y se puso énfasis en el enfoque plurilateral para las negociaciones, que impulsan los países desarrollados, sobre la base de peticiones colectivas de amplia cobertura sectorial. Éstas se han venido desarrollando bajo este enfoque durante la primera mitad de 2006 toda vez que en el mes de julio de dicho año se suspendieron las negociaciones de la Ronda de Doha, las mismas que fueron retomadas a finales de enero de 2007 en Davos.

Es importante destacar que el borrador de los lineamientos sobre servicios que se presentó como anexo a la Declaración de la Conferencia Ministerial de Hong Kong, generó fricciones entre los países desarrollados y los países en desarrollo. En efecto, el borrador del Anexo C sobre servicios, entregado a los ministros el 7 de diciembre de 2005, fue objetado por representantes de gobiernos de los países miembros, al considerar que éste no había sido acordado por consenso y que se intentaba cambiar la naturaleza del AGCS, así como los métodos de negociación. Ello explica que varios países en desarrollo solicitaran que la sección fuera eliminada del todo. Los aspectos que más generaron rechazo tenían relación con los objetivos de modalidades cualitativas y el lenguaje vinculante que requería a los Miembros entrar en negociaciones plurilaterales de acceso al mercado si se les solicitaba hacerlo. Ello significaba, según lo denunciaron algunos representantes de países en desarrollo, que se eliminarían las flexibilidades en materia de políticas que disponen los países para escoger el ritmo y el grado de liberalización en los distintos sectores⁴⁶.

Con los nuevos mecanismos propuestos, denominados “métodos complementarios para las negociaciones de servicios”, los países en desarrollo tendrían que comprometerse, en el marco del AGCS, a liberalizar una cantidad importante de sectores y “profundizar” la liberalización eliminando restricciones. Se apuntaba especialmente a la liberalización de la “presencia comercial”, o Modo 3 del AGCS pidiéndole a los países en desarrollo que abran un porcentaje mínimo de los subsectores para dar cabida a la participación de empresas y proveedores de servicios extranjeros. Algunas propuestas reclamaron a los países en desarrollo consolidar los

⁴⁶ Los antecedentes en la preparación de dicho borrador en el Anexo C sobre Servicios, tuvieron lugar en una reunión informal del Consejo de Comercio y Servicios de la OMC, en septiembre de 2005, cuando algunos miembros (entre ellos la Unión Europea, Japón, Suiza, Australia y Corea) presentaron seis documentos reclamando otras formas de acelerar el ritmo de liberalización de los servicios antes de la reunión ministerial de Hong Kong. Estados Unidos apoyó las propuestas, indicando que también presentaría un documento con posterioridad. Se trataba de introducir nuevos métodos con los cuales lograr que los países en desarrollo se comprometieran a liberalizar sus sectores de servicios en la Organización Mundial de Comercio (OMC) para que fueron aprobados en la Conferencia Ministerial del organismo que se realizaría en Hong Kong en diciembre de 2005.

niveles existentes de liberalización real, y luego avanzar comprometiéndose a profundizar la liberalización (Khor, 2005) (ver recuadro 15).

RECUADRO 15
DOCUMENTO PRESENTADO POR LA UNIÓN EUROPEA:
“MÉTODOS COMPLEMENTARIOS PARA LAS NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS:
POSIBLES ELEMENTOS”

El documento presentado entonces por la Unión Europea sobre “Métodos Complementarios para las Negociaciones sobre Servicios: Posibles Elementos” propuso elementos para poner en práctica los métodos plurilaterales y multilaterales de negociación. Dentro del enfoque multilateral, en el que los compromisos deben ser asumidos por todos los miembros se mencionó que ello ofrecería un “punto de partida común” de compromisos para las negociaciones de servicios y así alinearlos más con otros sectores, como agricultura. Además, aseguraría un conjunto de compromisos en todo un amplio espectro de sectores y subsectores y en los cuatro modos de oferta.

También se propuso el enfoque plurilateral, en el que se realiza un nivel más alto de compromisos en una serie de subsectores de interés para los miembros en una masa crítica de mercados. A través de este enfoque, se negociarían compromisos que van más allá del enfoque multilateral con miras a asegurar el acuerdo por parte de una “masa crítica” de países, de asumir esos compromisos.

Fuente: Khor, Martin, “TWN Info Service on WTO and Trade Issues Ginebra febrero de 2006

Las propuestas presentadas por los países desarrollados tuvieron como argumento el hecho que las negociaciones sobre servicios estaban en “crisis” debido a lo que calificaron de “ofertas escasas por parte de los países en desarrollo”. Varios de éstos replicaron que las ofertas escasas se hicieron en el Modo 4 (movimiento de personas naturales) por parte de los países desarrollados.

Sin embargo, la Declaración Ministerial final de Hong Kong, debilita el lenguaje obligatorio y prescriptivo de la versión original del Anexo C que generó el rechazo de varios países en desarrollo. En efecto, se menoscabaron las peticiones de los países desarrollados y se acordaron cláusulas de máximo empeño en relación con esos criterios. La intención de asignar mayor importancia al enfoque plurilateral respecto del bilateral no tuvo buena acogida ya que el primero se consideró solo complementario del segundo ver recuadro 16.

RECUADRO 16
ENFOQUES SOBRE MÉTODOS DE NEGOCIACIÓN EN SERVICIOS
EN LA DECLARACIÓN MINISTERIAL DE HONG KONG

De conformidad con los principios y objetivos mencionados supra, convenimos en intensificar y acelerar las negociaciones basadas en peticiones y ofertas, que seguirán siendo el principal método de negociación, con miras a obtener compromisos sustanciales.

Además de las negociaciones bilaterales, convenimos en que las negociaciones basadas en peticiones y ofertas se desarrollen también sobre una base plurilateral de conformidad con los principios del AGCS y las Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios. Los resultados de tales negociaciones se harán extensivos sobre una base NMF. Estas negociaciones se organizarían de la siguiente manera:

- a) Cualquier Miembro o grupo de Miembros podrá presentar peticiones o peticiones colectivas a otros Miembros respecto de cualquier sector o modo de suministro específico, identificando sus objetivos para las negociaciones en ese sector o modo de suministro.
- b) Los Miembros a los que se hayan dirigido tales peticiones las considerarán de conformidad con los párrafos 2 y 4 del artículo XIX del AGCS y el párrafo 11 de las Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios.

Recuadro 16 (continuación)

c) Las negociaciones plurilaterales deberán organizarse con miras a facilitar la participación de todos los Miembros, teniendo en cuenta la capacidad limitada de los países en desarrollo y las delegaciones pequeñas para participar en esas negociaciones.

Fuente: Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial adoptada el 18 de diciembre de 2005, Sexto período de sesiones, Hong Kong, 13 - 18 de diciembre de 2005.

La mayoría de los países desarrollados miembros, tales como Japón y la UE expresaron su frustración con respecto al extremo al cual el texto de los servicios había sido debilitado, pero probablemente lo aceptaron para no estancar las negociaciones sobre servicios. Sin embargo, toda vez que las negociaciones plurilaterales están aprobadas por las Directrices y procedimientos para las negociaciones comerciales de servicios, se ha empezado a entregar solicitudes colectivas de negociaciones plurilaterales desde 2006.

El enfoque actual de priorizar las negociaciones plurilaterales, apuntan a complementar las negociaciones bilaterales, que fueron la forma utilizada primordialmente en el AGCS con el fin de aumentar la eficiencia de todo el proceso de negociación ver recuadro 17.

RECUADRO 17
PROCESO BILATERAL DE NEGOCIACIONES EN EL SECTOR SERVICIOS

Las negociaciones bilaterales en el sector servicios se basan en un proceso bilateral de petición y oferta mediante el cual un país solicita a otros países que contraigan compromisos en sectores y respecto de modos que revisten interés comercial. La arquitectura del AGCS comprende el principio de liberalización progresiva, lo que permite a cada miembro elegir qué sectores y qué modos liberalizar, o no, en función de sus objetivos de desarrollo nacional. Los países de los que se trate pueden entablar discusiones o negociaciones y, en última instancia, el país receptor (de la petición) presenta luego una oferta (de compromisos) sobre la base de los intereses manifestados por la otra parte. El proceso continúa a fin de que se presenten peticiones revisadas y, posteriormente, ofertas por parte de todos los miembros hasta que los compromisos puedan adoptarse bajo la forma de listas finales. Concluido este proceso, y en virtud de la cláusula de nación más favorecida, esas concesiones se extienden a los restantes miembros de la OMC.

Fuente: Establecimiento de referencias y otros enfoques de liberalización en el marco del AGCS: ¿Cuáles son las consecuencias para los países en desarrollo? South Centre, Noviembre 2005 N.3, Ginebra.

En efecto, se considera que es más racional que si un conjunto de países comparte los mismos intereses en un sector, presente una propuesta colectiva a otro grupo que tengan mercados importantes y que muestren un interés común en liberalizar sus mercados.

El enfoque plurilateral para las negociaciones de servicios no es nuevo y está incluido en el texto del AGCS, en las Directrices y Procedimientos para las negociaciones de servicios (marzo de 2001), y en el Anexo C de la Declaración de la Conferencia Ministerial de Hong Kong ver recuadro 18.

RECUADRO 18
DIRECTRICES Y PROCEDIMIENTOS PARA LAS NEGOCIACIONES
SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS (SÍNTESIS)

1. Objetivos y principios

- Las negociaciones estarán encaminadas a incrementar la participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios. Se procederá con la debida flexibilidad en relación con los distintos países en desarrollo Miembros, y se dará especial prioridad a los países menos adelantados. El proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales, el nivel de desarrollo y el tamaño de las economías de cada Miembro, tanto en general como en los distintos sectores. Deberá prestarse la debida consideración a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas de servicios, en particular las de los países en desarrollo.

Recuadro 18 (continuación)

- Las negociaciones tendrán lugar dentro de la estructura y los principios vigentes del AGCS, incluidos el derecho a especificar sectores en los que se contraerán compromisos y las cuatro modalidades de prestación, y respetarán esta estructura y estos principios.

2. Modalidades y procedimientos

- La liberalización se llevará adelante mediante negociaciones bilaterales, plurilaterales o multilaterales. El principal método de negociación se basará en el sistema de solicitud y oferta.
- Se procederá con la debida flexibilidad para que los distintos países en desarrollo Miembros abran menos sectores, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, supediten tal acceso a unas condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV.

Fuente: Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, adoptados por el Consejo del Comercio de Servicios en la reunión extraordinaria del 28 de marzo de 2001.

El enfoque plurilateral fue utilizado ya una vez en la Ronda Uruguay. Sin embargo, el hecho que este enfoque esté incluido en el Anexo C de la Declaración de Hong Kong, con cronogramas específicos, apunta a intensificar las negociaciones recientes. Además, los lineamientos son más amplios, pues aborda casi todos los sectores y las modalidades de oferta, además de las exenciones de NMF ver recuadro 19.

RECUADRO 19**“ANEXO C”, CONFERENCIA MINISTERIAL DE HONG KONG DE DICIEMBRE 2005**

Objetivos

1. A fin de lograr un nivel progresivamente más elevado de liberalización del comercio de servicios, con la flexibilidad apropiada para los distintos países en desarrollo Miembros, convenimos en que los Miembros deberán guiarse, en la máxima medida posible, por los siguientes objetivos al asumir sus compromisos nuevos y mejorados:

a) Modo 1

- compromisos a los niveles actuales de acceso a los mercados sobre la base de la no discriminación en todos los sectores de interés para los Miembros
- supresión de las prescripciones vigentes en materia de presencia comercial

b) Modo 2

- compromisos a los niveles actuales de acceso a los mercados sobre la base de la no discriminación en todos los sectores de interés para los Miembros
- compromisos relativos al modo 2 donde existan compromisos relativos al modo 1

c) Modo 3

- compromisos relativos al aumento de los niveles de participación del capital extranjero
- supresión o reducción sustancial de las pruebas de necesidades económicas
- compromisos que permitan una mayor flexibilidad en cuanto a los tipos de persona jurídica permitidos

d) Modo 4

- compromisos nuevos o mejorados con respecto a las categorías de proveedores de servicios por contrato, profesionales independientes y otros, desvinculados de la presencia comercial, que incluyan, entre otras cosas:
 - la supresión o la reducción sustancial de las pruebas de necesidades económicas
 - la indicación de la duración prescrita de la estancia y, en su caso, la posibilidad de prórroga

Recuadro 19 (continuación)

- compromisos nuevos o mejorados con respecto a las categorías de personal transferido dentro de la misma empresa y personas en visita de negocios que incluyan, entre otras cosas:
 - la supresión o la reducción sustancial de las pruebas de necesidades económicas
 - la indicación de la duración prescrita de la estancia y, en su caso, la posibilidad de prórroga

e) Exenciones del trato NMF

- supresión o reducción sustancial de las exenciones del trato de la nación más favorecida (NMF)
- aclaración de las exenciones del trato NMF restantes en cuanto a su ámbito de aplicación y su duración

f) Consignación de los compromisos en las listas

- asegurar la claridad, la certeza, la comparabilidad y la coherencia en la consignación en las listas y la clasificación de los compromisos ajustándose, entre otras disposiciones, a las Directrices para la consignación en listas de conformidad con la Decisión adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001.
- asegurar que la consignación en listas de cualesquiera pruebas de necesidades económicas restantes se ajuste a las Directrices para la consignación en listas de conformidad con la Decisión adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001.

Fuente: Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial adoptada el 18 de diciembre de 2005, Sexto período de sesiones, Hong Kong, 13 - 18 de diciembre de 2005.

C. Las negociaciones de los servicios energéticos

En el caso de los servicios energéticos, en febrero de 2006, un grupo de países, la mayoría importadores de petróleo (Australia, Canadá, Unión Europea, Japón, Noruega, Arabia Saudita, Corea, China Taipei, Singapur y los Estados Unidos) presentaron ante la Secretaría de la OMC, una propuesta colectiva en servicios energéticos. Esta propuesta, recibida por 23 países –seis de siete países que la recibieron son miembros de la OMC y a la vez miembros de la OPEP– se encuentra actualmente en proceso de negociación. Otros países que han recepcionado la propuesta son Brasil, China, Colombia, Ecuador, Egipto, India, Kuwait, Nigeria, Qatar y los Emiratos Árabes Unidos.

Con excepción de Arabia Saudita y Canadá, los países que presentaron la propuesta son importadores de petróleo. En la propuesta, se les ha solicitado que abran sus mercados a un comercio más libre en servicios energéticos, incluyendo las actividades básicas de producción procesamiento y distribución de petróleo y gas. Según la Oficina para la Representación Comercial de los Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés) la propuesta colectiva busca la eliminación de limitaciones a la inversión extranjera; a las restricciones a las formas de establecimiento (por ejemplo, prohibición de establecer sucursales; prohibiciones en el suministro de servicios a lo largo de la frontera; a requerimientos de nacionalidad; a políticas regulatorias discriminatorias y a las restricciones a la competencia (como por ejemplo, limitaciones a la entrada de nuevos competidores).

Para los países desarrollados importadores de hidrocarburos, especialmente Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, el acceso libre a éstos es considerado un asunto de seguridad nacional. En ese sentido, las negociaciones de servicios energéticos en el AGCS, constituyen un escenario en donde se pueden establecer alianzas con los países productores de petróleo. Así, los países miembros de la OPEP están divididos en sus posiciones, a pesar, que como ya fue mencionado, seis de los siete miembros de esta agrupación que ya son miembros de la OMC, están negociando la propuesta colectiva planteada por un grupo de países desarrollados.

Venezuela es el único país miembro de la OMC que, siendo a su vez miembro de la OPEP, no ha acogido la propuesta colectiva de liberalización de servicios energéticos.

Arabia Saudita, el miembro más nuevo de la OMC, cuyas condiciones de ingreso abrieron segmentos muy importantes de su industria petrolera, previamente cerrada, participa también de la propuesta colectiva mencionada. Por otro lado, Irak, ya obtuvo el rango de país observador⁴⁷.

Rusia, el segundo mayor productor y exportador de petróleo, se encuentra negociando su ingreso a la OMC, y el tema de apertura de los servicios energéticos es uno de los aspectos centrales en las negociaciones para su incorporación. En efecto, el Comisionado de Comercio de la Unión Europea, Peter Mandelson, instó a realizar una nueva ronda de negociaciones, enfatizando la importancia de aplicar las normas y procedimientos de la OMC al comercio de la actividad energética. Ello podría requerir potencialmente la liberalización de las redes de distribución, de tal modo de acceder a los gasoductos de Rusia, que actualmente están bajo control estatal. Señaló, asimismo, que los países industrializados importadores de petróleo tienen gran interés de eliminar las barreras al comercio de energía, dados los altos precios del petróleo y gas. Para hacer frente a la reticencia de los productores de energía, Mandelson sugirió ofrecerles inversiones adicionales y mayores seguridades en la exportación de energía⁴⁸.

En este marco, los países en desarrollo deberán estar atentos en el ejercicio de sus derechos e intereses durante las negociaciones plurilaterales, que es la forma como se dan hoy las negociaciones.

D. El rol de las empresas energéticas en las negociaciones internacionales

En la actualidad, las grandes empresas energéticas internacionales vienen manifestando, crecientemente, su interés por internacionalizar y liberalizar los mercados de energía. La energía es un sector regido sólo parcialmente por las reglas de la OMC, toda vez que es considerado por muchos Estados como un recurso estratégico. Las características del actual mercado energético con altos precios y nacionalizaciones o modificaciones en la renta petrolera en algunos países, han dado lugar a que representantes de estos sectores soliciten abiertamente a la OMC nuevas reglas para su sector. Así lo expresaron los directivos del Consejo Mundial de Energía⁴⁹ al sostener que “después de Doha, queremos que la OMC negocie un nuevo capítulo sobre servicios energéticos, ante la oleada de países que nacionalizan su electricidad o su petróleo”⁵⁰.

En general, consideran que los biocarburantes representan “un mercado muy protegido debido a las subvenciones de los Estados” y que éste es, en parte, uno de los factores por los que “los países en vías de desarrollo no llegan a exportarlos... Algunos países que se disponen a entrar en la OMC, como Rusia, o que acaban de hacerlo, como Arabia Saudita, “protegen sus

⁴⁷ Ibid 15.

⁴⁸ ICTSD Reporting; "EU Trade Chief Poses WTO Rules In Energy Sector," WALL STREET JOURNAL, 23 June 2006.

⁴⁹ El Consejo Mundial de la Energía (WEC, por sus siglas en inglés) es una organización que aborda diversos ámbitos de la energía (carbón, petróleo, gas natural, nuclear, hidráulica y renovables). Fue establecida en 1923 y tiene sede en Londres. Tiene representación en aproximadamente cien países. Sus miembros están agrupados en 94 Comités Autónomos, cada uno de los cuales representa sectores vinculados a temas energéticos: productores, proveedores y comercializadores de energía, ministerios, asociaciones nacionales, manufacturas y productores de combustibles, decidores de política, agencias de gobierno, usuarios de energía, organizaciones medioambientales.

⁵⁰ Declaraciones del secretario general del Consejo Mundial de Energía, Gérald Doucet, que agrupa a las empresas del sector, al cierre del Congreso plenario de la WEC en Roma, 15 de noviembre de 2007.

mercados energéticos al mismo tiempo que alientan a sus empresas a tomar partes importantes en los mercados exteriores”⁵¹. Asimismo, muchos consideran que “el movimiento aislacionista de algunos países podría tener “graves consecuencias en la economía mundial”⁵².

Hasta principios de 1990 la mayor parte de la industria energética en América Latina, y la de los países productores de petróleo y gas, se caracterizaba por tener empresas estatales integradas verticalmente, que controlaban la totalidad de la cadena productiva. Es decir, las actividades de extracción, refinación y distribución de gas y petróleo eran realizadas dentro de una misma empresa, lo cual dejaba escaso margen para la realización de actividades de servicios.

Sin embargo, las reformas realizadas especialmente desde los noventa, así como la incidencia que tuvo el desarrollo tecnológico en esta actividad, dieron lugar a que las empresas energéticas atravesaran paulatinamente por un proceso de reestructuración de sus actividades, que se caracterizó por la contratación externa de algunas de sus funciones, a empresas especializadas, que anteriormente eran realizadas dentro de las unidades de las empresas. Así, un conjunto importante de actividades económicas del sector fueron separándose crecientemente, hecho que ha dado lugar a que éstas puedan considerarse como servicios y, por lo tanto, ser objeto de negociaciones en el comercio multilateral.

Es así que a partir la Ronda de Uruguay de la OMC (1986-1994), se consideró que el tema energético debía constituir parte de las negociaciones. En enero de 2000, los servicios energéticos se incluyeron como parte de la nueva ronda de negociaciones de servicios. En el marco del AGCS⁵³, los países miembros se comprometieron a realizar rondas de negociaciones, que se iniciarían a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Tratado de la OMC, con el fin ir alcanzando progresivamente un alto grado de liberalización.

Lo que se busca es definir e incluir los servicios energéticos en la disciplina del comercio mundial, los cuales abarcan un amplio espectro de esta actividad que van desde la exploración y la extracción de petróleo y gas, a la generación y la distribución de electricidad, hasta el consumo de energía y sus productos. Gran parte de los países productores y exportadores de hidrocarburos tienden a preservar algunas prerrogativas para mantener el control de ciertas actividades del sector y, en general, son abiertos a la recepción de inversiones extranjeras pero dentro de un marco de reglas en el que los Estados nacionales tienen injerencia en la fijación de las mismas. En términos generales, la liberalización del sector energético no ha registrado los mismos avances que los ocurridos en otros sectores de servicios como los financieros o las telecomunicaciones.

La creciente demanda por energía a nivel mundial, y la importancia estratégica y económica de este sector, determina que las empresas internacionales impulsen la incorporación de los servicios energéticos en las negociaciones del AGCS. Es así, que las corporaciones energéticas de los países desarrollados diseñan su postura en esta materia y trabajan estrechamente con los negociadores de sus propios países. Se aspira a crear un nuevo marco regulatorio mundial para la seguridad energética, que relativice la propiedad del petróleo y facilite su acceso, con plenas garantías, y con la menor intervención posible de los Estados nacionales, propietarios de dichos recursos.

De este modo, los gobiernos de los países desarrollados, especialmente Estados Unidos y la Unión Europea, intentan lograr que la OMC se convierta en el principal instrumento internacional que rija la actividad energética y facilite el acceso a la misma a través del accionar de las grandes empresas de servicios. En la medida en que los logros en el ámbito de la OMC han sido exiguos, se busca introducir estos objetivos en acuerdos regionales como el ALCA

⁵¹ Ibid 48.

⁵² Declaraciones de Rex W. Tillerson del primer grupo petrolero mundial Exxon Mobil.

⁵³ AGCS, Artículo XIX, párrafo 1.

(actualmente suspendido) o en los Tratados de Libre Comercio (TLC) que se suscriben con países desarrollados. En ellos se busca la desregulación de los sectores energéticos y el paulatino desplazamiento de los Estados nacionales en la conducción de este sector.

Ello tiene lugar en un contexto en el que el suministro energético y el impacto que tiene su consumo en las emisiones de CO₂ se han convertido en un tema de primer orden en la agenda de las relaciones internacionales. Las agencias especializadas coinciden en señalar que los combustibles fósiles (petróleo, gas y carbón) continuarán siendo durante las próximas décadas la fuente predominante en la matriz energética a nivel global. Ello tendrá lugar en un contexto en el que la producción y suministro de los hidrocarburos se caracterizan por un nuevo paradigma de elevados precios y alto grado de volatilidad, tensiones geopolíticas, intensificación del debate ambiental a nivel internacional, competencia por acceso a nuevas regiones; reivindicaciones por la mayor participación en la renta de los hidrocarburos –especialmente en varios países latinoamericanos–, incremento en número de fusiones y adquisiciones y ganancias sin precedentes. (Ruiz Caro, 2007)

Menotti (2006) considera que hay al menos dos factores que están dinamizando la ofensiva de liberalización de los servicios energéticos. En primer lugar que, de acuerdo a la Agencia Internacional de Energía (AIE) 70% del billón de barriles que constituyen las reservas comprobadas de petróleo se encuentran “restringidas” por empresas petroleras estatales.⁵⁴ La AIE sostiene que el principal obstáculo a una mayor seguridad energética y a la estabilidad en los precios del petróleo radica en las políticas energéticas de los países exportadores de energía que le impiden el acceso a los inversionistas extranjeros y a las empresas extranjeras de servicios petroleros. Tal como ha sido señalado, lo que buscan, entre otros, las corporaciones extranjeras de energía, es un marco internacional, a través de la OMC, que elimine o disminuya normativas que limitan su accionar, tales como las restricciones a la inversión extranjera, la obligación de contratar mano de obra local o de transferir nuevas tecnologías.

En segundo lugar, los impactos de la globalización en las empresas de gas y petróleo, que se expresan, entre otros, en los cambios en las formas de contratación del personal local. Para las tareas de prospección y extracción, ya no contratan trabajadores asalariados a tiempo completo, sino que administran múltiples contratos con empresas proveedoras de servicios petroleros que son a su vez las que contratan mano de obra y alquilan equipamiento según las necesidades. “Para perpetuar esas tendencias de desarrollo del sector que tanto han favorecido a las empresas como Halliburton, lo que se pretende ahora es fijar una serie de normas ejecutables a través de la OMC que obligarían a las empresas petroleras estatales a ‘tercerizar’ cada vez más proyectos mediante contratos con empresas extranjeras que les permitirían a estas decidir qué mano de obra y cuáles tecnologías utilizar”⁵⁵.

Si bien es cierto que las reglas de la OMC no abordan la energía como un sector integral, las reglas de la organización abordan el comercio de bienes y servicios energéticos. Sin embargo, tal como sostiene el Secretario General de esta organización, Pascal Lamy, “toda vez que la energía conforma un sector muy particular, las reglas comerciales no siempre pueden ser adecuadamente aplicadas en él...Por ejemplo, las características físicas de los bienes energéticos afectan la forma en las cuales son transportadas a lo largo de las fronteras y distribuidas a los consumidores finales. La existencia de monopolios naturales y el rol de las empresas públicas en el sector, imponen importantes desafíos...”⁵⁶

⁵⁴ La Agencia Internacional de Energía con sede en París, es el centro de estudios estratégicos de los países consumidores de petróleo. Fue creada en 1974.

⁵⁵ Ibid 15.

⁵⁶ Declaraciones del Secretario General de la OMC, Pascal Lamy en el Consejo Mundial de Energía realizada en Roma, 15 de noviembre de 2007.

Lamy considera que, como el acceso a los recursos energéticos constituye una preocupación global, las soluciones deben tener también un carácter internacional. La creciente demanda energética prevista para las próximas décadas, requiere grandes inversiones y recursos para investigación tecnológica, especialmente en la producción de energías renovables y limpias. Para ello, se requieren reglas de comercio más predecibles y transparentes que beneficien tanto a los países exportadores, a los importadores, así como a las empresas involucradas en la actividad energética. En ese sentido, las fuerzas de mercado pueden desempeñar un papel clave en la distribución óptima de los escasos recursos y promover las mejoras tecnológicas. Las reglas claras pueden contribuir a contrarrestar las tendencias a nacionalismos energéticos y a prevenir el surgimiento de conflictos⁵⁷.

⁵⁷ Ibid 56.

V. El sector energético en los Tratados de Libre Comercio

En varios ámbitos de la economía, los marcos institucionales multilaterales no han podido conformarse, o consolidarse, en función de las expectativas de los países miembros. Ante los escasos logros en algunos frentes, éstos se han tratado de instrumentar en iniciativas que abarcan un ámbito geográfico más reducido como el regional (el caso del ALCA, actualmente suspendido) y bilateral o plurilateral, a través de los TLC.

Un ejemplo de la ausencia de un marco institucional en algunas áreas, es el referido a las inversiones. El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), fue un intento por diseñar un mecanismo multilateral para el tratamiento de las inversiones, pero las negociaciones se frustraron y quedaron suspendidas a fines de 1998 por la presión de grupos opositores y de la sociedad civil. El acuerdo, cuya negociación se inició en 1995 en el marco de la OCDE⁵⁸, buscaba crear una instancia mundial de desregulación de las inversiones y extenderla a la OMC. Originalmente, ésta se concibió como parte de la Ronda Uruguay, pero tuvo una fuerte oposición de los países en desarrollo.

En otras áreas de la economía, sí se han instrumentado algunos marcos legales multilaterales: AGCS en servicios y el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aunque no en todos los casos con la profundidad requerida por los países industrializados. Ello ha dado lugar a que las medidas que no han podido incluirse en el AGCS o en ADPIC, por resistencia de los países en desarrollo, se instrumenten a través de la suscripción de los TLC entre países industrializados y en desarrollo.

En general, los TLC tienden a profundizar medidas establecidas en ambos acuerdos (AGCS y ADPIC) e introducen nuevos capítulos como el capítulo de inversiones y el de compras públicas. En el ADPIC se busca ampliar el ámbito de cobertura de los derechos de propiedad intelectual y en el AGCS, profundizar, especialmente, la liberalización de los servicios y dar un carácter general a las disposiciones para garantizar el acceso a mercados y trato nacional que, en el ámbito multilateral de la OMC, sólo se aplican en los sectores en los que los países han negociado su liberalización (Ruiz Caro, 2005).

⁵⁸ Países miembros de la OCDE: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Holanda, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Suiza, Suecia y Turquía.

Tal como se mencionó en el capítulo anterior, el AGCS contiene disposiciones de carácter general como la aplicación de la cláusula de nación más favorecida, mediante la cual un país no podrá otorgar a una empresa extranjera un trato menos favorable que a otra empresa de otro país extranjero. Además, existen otras que se aplican solamente sobre los sectores en los que cada país haya explícitamente declarado su compromiso de liberalización. Ellas son las de “trato nacional” y la de “acceso a mercados”.

La primera obliga al país que haya logrado un acuerdo de liberalización en algún sector de servicios, a dar a cualquier empresa extranjera el mismo trato que le da a una empresa nacional. Las disposiciones relativas al acceso a mercados tienen por objeto eliminar progresivamente las medidas que limitan el número de proveedores de servicios, el número total de operaciones de servicios, de personas empleadas, o el porcentaje de participación de capital extranjero. Las nuevas reglamentaciones dan lugar a que, de no excluirse en las listas disconformes, los servicios de energía, o de agua, entre otros, puedan llegar a controlarse exclusivamente por corporaciones extranjeras. Además del interés de las corporaciones de los países industrializados en la desregulación de los servicios financieros, educativos, telecomunicaciones y otros, prevalece un gran interés por controlar el suministro de energía y agua.

De manera similar, en el ámbito de las inversiones, en los TLC se busca eliminar regulaciones que pudieran exigir negocios mancomunados entre empresas nacionales y extranjeras. En general, éstas se instrumentan para que los gobiernos puedan limitar la propiedad extranjera de empresas nacionales. Las nuevas reglamentaciones establecidas en los acuerdos multilaterales o en los TLC permiten que los servicios de energía, entre otros, puedan controlarse por empresas extranjeras.

Este tipo de normativas que no logran acuerdos en la OMC, podría tener efectos negativos para los países de la región que cuentan con abundantes recursos hidrocarbúricos. Si se prohibiera, por ejemplo, el derecho de limitar el número de empresas para la explotación de los recursos naturales, ello implica el otorgamiento de mayores facilidades para su acceso, con lo cual es probable que se acelere su ritmo de explotación. Las implicaciones para su protección y para el medio ambiente serían significativas.

Es importante destacar que en el plano multilateral de la OMC, la liberalización de los servicios ha avanzado significativamente en algunos sectores como el financiero, los seguros y las telecomunicaciones. En otros, como educación, energía y salud se han registrado mayores reticencias y son los sectores en los que menos ofertas de liberalización se han presentado. Estos ámbitos son considerados sensibles. Los servicios constituyen un ámbito en las negociaciones de la OMC, en los que las posiciones de los países industrializados divergen frente a las de los países en desarrollo.

Los TLC se han convertido en el mecanismo más idóneo para los países interesados en impulsar el proceso de liberalización de los servicios, puesto que en el ámbito multilateral de las negociaciones que se realizan en la OMC, la mayoría de países en desarrollo se resisten a abrir dicho sector. En general, utilizan este ámbito de las negociaciones, así como también el referido a la liberalización y garantías a la inversión extranjera y el de las compras gubernamentales, como instrumentos de negociación para que los países industrializados eliminen los subsidios y ayudas agrícolas. En la medida en que los industrializados no están dispuestos a eliminarlos y los compromisos que asumen al respecto son en general vagos, y sin compromisos de fechas concretas, los países en desarrollo tampoco avanzan en la liberalización de los ámbitos mencionados, tal como lo exigen la mayoría de países industrializados, especialmente Estados Unidos y la Unión Europea, en la OMC.

En lo que concierne a la actividad energética, tal como ocurre en otras áreas de la economía, el objetivo de los TLC es eliminar las barreras arancelarias, dar garantías a la inversión y ampliar la movilización de capitales para la explotación y comercio de los mismos.

Los capítulos de los TLC con países industrializados⁵⁹ que tienen mayor vinculación con las actividades energéticas son los referidos a las inversiones, acceso a mercados, compras de servicios públicos y servicios transfronterizos. En el caso de los TLC suscritos por Estados Unidos con países de América Latina y el Caribe, el único que tiene un capítulo que aborda la actividad energética es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscrito por México con Estados Unidos y Canadá en 1994.

A la fecha, sólo México, Chile, los países centroamericanos –que negociaron conjuntamente el Tratado, junto con República Dominicana– y Perú, tienen vigentes TLC con Estados Unidos. Colombia y Panamá, se encuentran a la espera de que éstos sean ratificados por el Congreso de Estados Unidos.

A. El capítulo de inversiones

Las normas establecidas en los TLC con los países latinoamericanos antes mencionados, se sustentan, en términos generales, en cuatro principios fundamentales:

- i) Trato nacional, según el cual, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas”⁶⁰.
- ii) Prohibición de imponer a los inversionistas extranjeros requisitos de desempeño⁶¹. Es decir, los gobiernos no podrán exigir el cumplimiento de requisitos como alcanzar un determinado grado de contenido nacional; otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios producidos localmente; relacionar el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o el monto de las entradas de divisas con la inversión realizada; topes o condicionamiento de importación de insumos, exigencias de transferencia de tecnologías, y otras que se especifican en el Tratado.
- iii) Reducción o eliminación de los límites a la participación de los inversionistas extranjeros en la propiedad de las empresas nacionales. Es decir, se permite a los inversionistas extranjeros ser propietarios (en su totalidad o parcialmente) de empresas que operan en el territorio nacional.
- iv) Establecimiento de un mecanismo para la solución de las disputas en materia de inversión. A diferencia de lo que ocurre en otros acuerdos de libre comercio, de creación de uniones aduaneras o fórmulas más ambiciosas de integración económica, como la Unión Europea, las controversias, en este caso se dan entre un inversionista extranjero y los gobiernos. De hecho, para que el proceso de solución de disputas se inicie, son los inversionistas privados, y no los gobiernos, quienes deben someter una reclamación (contra uno de los gobiernos) y se recurre, en cambio, a tribunales internacionales de arbitraje.

Algunos países han realizado reservas importantes en algunas áreas, las cuales se encuentran en los Anexos de medidas disconformes de comercio de servicios transfronterizos e inversión.

⁵⁹ En este capítulo sólo se abordarán los TLC suscritos por países de la región con Estados Unidos. Los aspectos comerciales de los Acuerdos de Asociación suscritos con la Unión Europea, son similares al primero.

⁶⁰ Artículo 1102 del Capítulo XI sobre Inversión extranjera del TLCAN

⁶¹ Artículo 1106 del Capítulo XI sobre Inversión extranjera del TLCAN.

Chile, por ejemplo, ha exceptuado de las normas de trato nacional y requisitos de desempeño, la exploración, la explotación y el beneficio⁶² de los hidrocarburos líquidos o gaseosos, así como los yacimientos de cualquier tipo existentes en aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional. Éstas podrán ser objeto de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por Decreto Supremo⁶³.

República Dominicana ha exceptuado del trato nacional a las inversiones en los servicios de exploración y explotación de petróleo, al establecer que los gobiernos extranjeros no podrán obtener el derecho para la exploración, explotación y beneficio del petróleo y demás sustancias hidrocarbonadas, ni podrán ser admitidos como socios, asociados o accionistas por ninguna persona natural o empresa que disfrute de esos derechos⁶⁴.

El TLCAN es el único tratado suscrito en la región que tiene un capítulo sobre energía, en el que se establece un tratamiento especial al petróleo, gas, electricidad y petroquímica básica. Además, en materia de inversiones, México realizó reservas en una serie de sectores económicos, que cada uno de los socios limitó o excluyó por completo de la participación de la inversión extranjera. Es el caso del petróleo en México, o el sector de carga marítima de los Estados Unidos.

Por otro lado, el Estado mexicano se reserva el derecho exclusivo de desempeñar y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en las siguientes actividades: petróleo y otros hidrocarburos y petroquímica básica (la exploración y la explotación de petróleo crudo y gas natural, su refinación o procesamiento; la producción de gas artificial; los petroquímicos básicos y sus insumos, ductos y el comercio exterior de esos productos, que comprende transporte, almacenamiento, distribución y venta de primera mano de petróleo crudo, gas natural y artificial y de bienes obtenidos de la refinación o del procesamiento del petróleo crudo, gas natural y petroquímicos básicos).

En electricidad, el Estado se reserva la prestación de servicio público, que implica la generación, conducción, transformación, distribución y venta de electricidad. Asimismo, la energía nuclear y tratamiento de minerales radiactivos, que se extiende a la exploración, explotación y procesamiento de minerales radiactivos, el ciclo de combustible nuclear, la generación de energía nuclear, el transporte y almacenamiento de desecho nuclear, el uso y reprocesamiento de combustible nuclear y la regulación de sus aplicaciones y la producción de agua pesada⁶⁵.

“En términos generales, se puede afirmar que hasta ahora, la facultad de concesionar, autorizar y permitir del Estado es muy amplia, ya que se funda en el régimen de propiedad que ordena la Constitución en el Artículo 27, que establece que el Patrimonio Nacional está constituido por todos los bienes y derechos que la Constitución le reserva. Como la inversión que regula el Tratado está directamente relacionada con los bienes de la Nación y con los servicios públicos de interés general que presta el Estado, el poder del Estado disminuirá al desincorporarse los bienes del dominio público o en la medida que disminuya el poder del Estado para otorgar concesiones y que permita la libre participación de los particulares. Es decir, la nueva política

⁶² Se entiende que el término beneficio no incluye el almacenamiento, transporte o refinamiento del material energético a que se hace referencia en este párrafo.

⁶³ Anexo 1 del Tratado.

⁶⁴ Anexo 1 del respectivo Tratado.

⁶⁵ Villareal, Lucinda, “TLC: Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2002, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 291.

económica de México está encaminada a la desincorporación de los bienes del dominio público y su consecuente y gradual privatización”⁶⁶.

En la actualidad, tiene lugar, en México, un debate nacional sobre la reforma energética, que se inició en mayo, en el Congreso Nacional. En años recientes se ha intentado privatizar algunos ámbitos de la industria petrolera mexicana, pero los avances han sido muy lentos. Sin embargo, se ha logrado el desmantelamiento de muchas áreas técnicas y operativas de PEMEX y la consecuente transferencia de las funciones a empresas privadas mediante contratos de obras y servicios públicos⁶⁷.

B. El capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios

El Capítulo referido a Comercio Transfronterizo de Servicios cubre las modalidades 1 y 2 de comercio de servicios, denominadas transacciones de servicios transfronterizos y consumo fuera del territorio de la Parte (cuando el consumidor del servicio viaja a otro país para adquirir el servicio). La prestación de servicios mediante inversión (que incluye la modalidad 3 o presencia comercial) se trata en el Capítulo sobre Inversión, mientras que la modalidad 4, o Entrada Temporal de Personas de Negocios se cubre en distintos capítulos en los TLC.

En términos generales, todos los TLC tienen cobertura sobre todos los sectores de servicios, los cuales se aplican a su producción, distribución, comercialización, suministro, el acceso y el uso de sistemas de distribución y transporte, y la presencia de proveedores de servicios extranjeros.

En general, la normativa contenida en el capítulo de comercio transfronterizo de servicios, tanto en los TLC con Estados Unidos como con la Unión Europea, se sustenta, básicamente, en la normativa del AGCS. Sin embargo, el enfoque de la negociación, da lugar a que la liberalización del sector servicios sea más profunda y más abarcativa.

El AGCS se rige por la adopción voluntaria de compromisos de liberalización, (es decir, los países quedan en libertad para especificar en qué servicios conceden acceso al mercado y trato nacional, bajo qué condiciones y con qué limitaciones). Esto da lugar a que los servicios se negocien mediante lo que se denomina “listas positivas”; es decir, sólo son sujetos de liberalización los sectores o subsectores de servicios sobre los cuales los gobiernos presentan propuestas.⁶⁸ Todo aquello que no figura en las listas, no es objeto de negociación.

En cambio, en los TLC que suscriben países industrializados con países en desarrollo, se negocia bajo el principio de listas negativas. Es decir, que todo lo que el gobierno no excluye de las negociaciones, es objeto de liberalización. Los principios generales que rigen las normas internacionales sobre servicios que los países deciden excluir en los TLC se enumeran en los denominados “anexos de medidas disconformes” ver recuadro 20.

⁶⁶ Ibid 65 pág. 304.

⁶⁷ Para muchos analistas en realidad son “contratos de riesgo compartido” o “contratos de explotación petrolera”, prohibidos expresamente por la Constitución mexicana desde 1958.

⁶⁸ Sin embargo, algunos sectores avanzan en su liberalización, ya sea mediante algunos programas del FMI y del Banco Mundial, o vía los Tratados de Libre Comercio que suscriben con países industrializados.

RECUADRO 20
PRINCIPIOS DE APLICACIÓN QUE RIGEN EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS EN LOS TLC

Trato nacional

1. Cada Parte otorgará a los proveedores de servicios² de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus proveedores de servicios.
2. El trato otorgado por una Parte de conformidad con el párrafo 1 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de la Parte de la que forma parte integrante.

Trato de nación más favorecida

Cada Parte otorgará a los proveedores de servicios³ de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de un país que no sea Parte.

Acceso a los mercados

Ninguna Parte podrá, sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, adoptar o mantener medidas que:

(a) impongan limitaciones:

- (i) al número de proveedores de servicios⁴, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- (ii) al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- (iii) al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; o
- (iv) al número total de personas naturales que pueden emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; o

(b) restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.

Fuente: Direcon Chile

Salvo el caso del TLCAN, (que incluye un número mayor de anexos) los TLC suscritos por Estados Unidos con los otros países de la región, establecen dos anexos que hacen referencia a dos capítulos: el de comercio transfronterizo de servicios, y el de las inversiones.

En el Anexo I se listan todas las medidas de la legislación vigente que serán exceptuadas de los principios de aplicación del Tratado y que podrán seguir siendo aplicadas una vez que entre en vigencia el TLC⁶⁹. Se asume que, aquellas que no han sido listadas, serán liberalizadas y se aplicarán los principios antes enunciados.

En el Anexo II se incluye un listado de medidas denominadas “reservas a futuro”. Es decir, estas permiten que en el futuro, el gobierno pueda adoptar, en cada uno de los ámbitos en

⁶⁹ Se refiere a principios que contravienen los principios de i) trato nacional; ii) trato de nación más favorecida; iii) acceso a los mercados y iv) presencia local.

los que haya realizado reservas, disposiciones que no se ajustan a algunas disciplinas del Tratado, tanto en el capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios, así como en el de inversión.

En el comercio transfronterizo de servicios, en el ámbito de la actividad energética, Chile definió una medida que excluye a futuro⁷⁰ el principio de “acceso a mercados” a los servicios relacionados con la energía (servicios incidentales a la exploración, explotación y distribución de energía, así como los servicios de comercialización de la misma).

Perú ha exceptuado la aplicación de los principios de trato nacional y presencia local a los servicios relacionados con la energía. Las empresas extranjeras, para celebrar contratos de exploración, deberán establecer sucursal o constituir una sociedad conforme a la Ley General de Sociedades, fijar domicilio en Lima y nombrar Mandatario de nacionalidad peruana. Los nacionales extranjeros deberán estar inscritos en los Registros Públicos y nombrar apoderado de nacionalidad peruana, residente en Lima.

Costa Rica es el país que ha incluido más actividades vinculadas a la energía en el listado de medidas disconformes, en el Anexo 1. No ha realizado reservas de medidas futuras, al igual que no lo ha hecho ningún país centroamericano ni tampoco República Dominicana. Costa Rica, exime de la presencia local y trato nacional en el sector eléctrico al reservarse el Estado el derecho de otorgar por legislación concesiones para la transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica sobre la base de la demanda por el servicio⁷¹.

Asimismo, se reserva la aplicación del principio de “acceso a mercados” de la distribución al detalle y al por mayor del petróleo crudo y sus derivados –incluyendo gasolina, asfalto y nafta– al estar sujeta esta actividad al monopolio del Estado. Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para su distribución, con base en la demanda del servicio.

Se ha hecho exención del principio de presencia local en el área de servicios relacionados con minería y exploración de hidrocarburos. Así, si el que recibe una concesión para la exploración de hidrocarburos u otros servicios relacionados con la minería de hidrocarburos está organizado de conformidad con la legislación de un país extranjero, éste deberá contar con una sucursal y un representante legal en Costa Rica.

El Salvador ha exceptuado del principio de “acceso a mercados” la construcción de gasolineras, las cuales deben mantener una distancia prudente para evitar la concentración excesiva⁷².

Honduras se ha reservado el derecho de no aplicar el principio de acceso a mercados en el sector de la electricidad y de los servicios de energía eléctrica, al establecer que únicamente el gobierno, a través de la Empresa Nacional de Energía Eléctrica, puede realizar su transmisión,

⁷⁰ Anexo II.

⁷¹ Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio. Las siguientes empresas cuentan actualmente con concesiones para prestar estos servicios: *Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)*; *Empresa de Servicios Públicos de Heredia*; *Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC)*; *Compañía Nacional de Fuerza y Luz*; y asociaciones cooperativas, consorcios cooperativos y empresas de servicio público municipal. En el caso de la *Empresa de Servicios Públicos de Heredia*, no menos del 51 por ciento del capital de la empresa privada deberá pertenecer a nacionales costarricenses.

Los particulares podrán invertir en actividades para la operación de centrales eléctricas de capacidad limitada⁴ que no exceda los 20.000 kW, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

(a) El *ICE* podrá comprar electricidad a las empresas en las cuales, no menos del 35 por ciento del capital pertenece a nacionales costarricenses.

(b) Las empresas organizadas de conformidad con legislación extranjera y que suscriben un contrato de compra de energía con el *ICE*, deberán establecer una sucursal en Costa Rica.

⁷² Una distancia prudente se considera no menos de 600 metros en una área urbana, y 10 kilómetros en una área rural.

conducción de la operación del sistema de transmisión y centro de despacho. Asimismo, para poder establecerse en Honduras, y poder prestar servicios de distribución de energía eléctrica, una empresa debe estar constituida como una empresa mercantil con acciones nominales.

Tampoco el país aplicará los principios de trato nacional y presencia local en los servicios de distribución de productos derivados del petróleo (combustible líquido, aceite automotriz, Diesel, Kerosén, y LPG). Solamente nacionales hondureños y empresas constituidas bajo la ley del país pueden ser autorizados para vender productos derivados del petróleo. Las empresas deben estar en manos de, por los menos, un 51 por ciento de nacionales.

Nicaragua se ha eximido de la obligación del principio de presencia local en el caso de empresas que provean servicios de exploración y análisis de hidrocarburos, toda vez que éstas deberán organizarse bajo las leyes de este país. Los extranjeros que deseen realizar estudios de investigaciones de hidrocarburos, tales como geológicos, geofísicos, levantamiento de planos topográficos, trabajos sísmicos o estudios geoquímicas, deben designar un representante legal con domicilio permanente en Nicaragua.

Asimismo, se ha exceptuado del principio de acceso a mercados en los servicios de transmisión de energía eléctrica, que sólo pueden ser realizados por el Centro Nacional de Despacho de Carga. La misma excepción, de acceso a mercados, se ha realizado, al otorgar concesiones para suplir los siguientes servicios: construcción o administración temporal de una planta de energía hidroeléctrica, de proyectos de transmisión eléctrica; distribución o comercialización de electricidad.

Ha exceptuado, también, el principio de trato nacional a los servicios de exploración y explotación de petróleo. Los gobiernos extranjeros no podrán obtener el derecho para la exploración, explotación y beneficio del petróleo y demás sustancias hidrocarbonadas, ni podrán ser admitidos como socios, asociados o accionistas por ninguna persona natural o empresa que disponga de esos derechos.

En cuanto a los servicios relacionados con energía, éstos también han sido eximidos del principio del trato nacional. En la actualidad tres empresas en régimen de propiedad conjunta distribuyen la electricidad de manera exclusiva dentro de regiones específicas del país, de conformidad con concesiones otorgadas por el gobierno.

C. El capítulo de trato nacional y acceso de mercancías al mercado

En cuanto a los aspectos vinculados a la actividad energética, los TLC suscritos por Estados Unidos en la región tienen una estructura y contenidos similares. En lo que se refiere a los compromisos para eliminación de aranceles, adicionales a la reducción inmediata a cero, ambos siguen un enfoque residual (en contraposición al preferencial) para reducir progresivamente con el tiempo un arancel de base fija. En general, no se excluye a ningún producto del compromiso de eliminación de aranceles.

Los aspectos referidos a trato nacional a las mercancías en materia de tributación y de reglamentación interna en los TLC, incorporan los principios del GATT⁷³.

Igualmente, en lo que se refiere a medidas no arancelarias como las restricciones a las importaciones y exportaciones, que establece que ninguna parte podrá adoptar o mantener alguna prohibición o restricción a la importación de cualquier mercancía destinada al territorio de otra

⁷³ Artículo III del GATT de 1994, incluidas sus notas interpretativas.

parte, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas. Se establecen las siguientes excepciones⁷⁴ previstas en el Artículo XI del GATT⁷⁵.

- a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos para la parte contratante exportadora;
- b) Prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional;
- c) restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado;

D. El capítulo de compras públicas

El ámbito de las compras gubernamentales en la OMC no tiene carácter multilateral, sino que es un acuerdo plurilateral al que se suman los países que deseen hacerlo. Ninguno de los países de la región que han firmado TLC con Estados Unidos o la Unión Europea, son miembros del Acuerdo de Compras Gubernamentales (GPA).

Sin embargo, en todos los TLC se incluye el capítulo de compras gubernamentales, que permite la participación de los países firmantes en las adquisiciones públicas que realizan los gobiernos. Cabe destacar que existen los denominados umbrales a partir de los cuales se permite la participación de los proveedores no nacionales. Asimismo, se han establecido Anexos en los cuales los países listan las entidades públicas que participan y establecen diferentes umbrales o montos a partir de los cuales se puede participar como proveedor no nacional. En todos los casos se utilizan listas negativas para las compras públicas de mercancías y servicios.

En el TLC con Estados Unidos, Perú permite la participación de proveedores norteamericanos a las empresas eléctricas y petroleras, pero establece una restricción para la empresa Petróleos del Perú, (PETROPERU), que define que no se aplicará la participación del proveedor extranjero cuando se trata de las siguientes mercancías: petróleo crudo, gasolina, propanos, gasóleos, butanos, destilado medio de bajo azufre o gasoil, gas natural, biodiesel, hidrocarburos acíclicos saturados, catalizadores, etanol y aditivos.

Chile no hace excepciones para mercancías o servicios del ámbito energético.

Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana exceptúan de las compras públicas los servicios públicos de distribución de electricidad, servicios de distribución de agua y gas por medio de tuberías principales.

En el caso de México, es importante destacar que en el Capítulo X⁷⁶ relativo a las compras del sector público, el Tratado dispone un tratamiento especial con respecto al valor total de los contratos realizados por PEMEX y la Comisión Federal de Electricidad. Hasta el 2003, fecha en la que se ha liberalizado por completo las compras gubernamentales que realizan estas dos importantes empresas públicas, México podía reservarse cada año un porcentaje que fue reduciéndose paulatinamente.

⁷⁴ Se enumeran las que podrían tener alguna vinculación con la actividad energética.

⁷⁵ Se incorpora a los TLC el Artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas.

⁷⁶ Anexo 1001.2.A del Capítulo X sobre Compras Gubernamentales.

E. El capítulo sobre energía y petroquímica básica en el TLCAN⁷⁷

Este capítulo establece las bases que rigen el comercio de los bienes energéticos y petroquímicos entre México, Canadá y Estados Unidos. El capítulo amplía y clarifica los principios del GATT en tres campos. Estos se refieren a la prohibición de uso de impuestos a la exportación; el reducido alcance de las razones de “seguridad nacional” para justificar restricciones a la importación o exportación; y los requisitos de acceso proporcional en determinadas circunstancias. México no es parte de las disposiciones relativas a la seguridad nacional ni al acceso proporcional y, por lo tanto, no tiene derechos ni obligaciones al amparo de ellas.

Mediante la incorporación de las reglas generales del GATT, el TLCAN permite que un socio pueda restringir las exportaciones por una serie de razones, como la protección de la vida o integridad de seres humanos, animales o plantas, protección de intereses de seguridad esenciales y circunstancias de escasez, estabilización de precios y conservación de recursos. Las restricciones impuestas por cualquier otra razón que no sea una de las consignadas en el Artículo 605, por ejemplo protección ambiental o sanitaria, seguridad u objetivos de vigilancia del cumplimiento de la ley, no crearán obligación alguna en materia de acceso proporcional. El mencionado artículo sólo se aplica cuando un socio invoca alguna de las cuatro excepciones del GATT, como base para imponer restricciones a la exportación⁷⁸.

Este Capítulo establece la exigencia que consiste en que al aplicar cualquier medida reguladora en materia de energía, los socios deben sujetarse a las disciplinas de trato nacional, restricciones a la exportación e importación e impuestos a la exportación estipulados en el TLCAN. Requiere, además, que los socios procuren asegurarse de que al aplicar cualquier medida reguladora en materia de energía, los organismos reguladores correspondientes eviten, en la medida de lo posible, la ruptura de relaciones contractuales. Esta disposición se aplica a todos los socios, y reduce el margen de las justificaciones generalmente disponibles por razones de seguridad nacional en cuanto a las restricciones a las importaciones o exportaciones de un bien energético o petroquímico básico.

Ningún socio puede adoptar o mantener una medida que restrinja las importaciones o las exportaciones de un bien energético o petroquímico básico, excepto cuando se requiera para abastecer una instalación militar, permitir el cumplimiento de un contrato de importancia crítica en materia de defensa, responder a una situación de conflicto armado que involucra al socio que toma la medida, aplicar políticas nacionales relacionadas con la no proliferación de armas u otros explosivos nucleares, o responder a amenazas directas de interrupción del suministro de materiales nucleares para propósitos de defensa.

Se permite a México restringir el otorgamiento de permisos de importación y exportación con el único objeto de reservar para sí el comercio exterior de esos bienes, que México a la fecha sólo ha otorgado a PEMEX.

⁷⁷ Este capítulo ha sido tomado de Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Capítulo seis: Energía y petroquímica básica, Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), Organización de Estados Americanos.

⁷⁸ Éstas son: i) impedir o atenuar, en forma temporaria, una escasez aguda; ii) conservar recursos naturales agotables y siempre que también se restrinja la producción o el consumo internos; iii) asegurar abastecimientos esenciales para una industria interna de procesamiento como parte de un plan de estabilización interno; o iv) adquirir o distribuir productos de los que haya escasez general o local. Si el gobierno del Canadá o el de los Estados Unidos imponen restricciones a la exportación por alguna de estas cuatro razones, se garantizará a los consumidores canadienses o estadounidenses (como grupo) el acceso continuo, en términos comerciales, a una proporción del abastecimiento disponible. Esta proporción se basará en la prevaleciente en los 36 meses más recientes anteriores a la adopción de la medida.

En México, a pesar que la explotación de los recursos naturales se ha ido liberalizando, no todos los sectores pueden ser explotados por particulares. Algunos deben ser exclusivamente explotados y aprovechados por el Estado a través de organismos públicos descentralizados, como es el caso de Petróleos Mexicanos (PEMEX) y la Comisión Federal de Electricidad. El TLCAN ha debido preservar estos aspectos, pues dichos principios responden a preceptos constitucionales. En efecto, el TLCAN establece que el Estado mexicano se reserva el derecho exclusivo de desempeñar y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en petróleo y otros hidrocarburos, así como petroquímica básica.

VI. Incidencia de las negociaciones internacionales en las iniciativas de integración energética regional

A. Del proyecto de integración energética basado en los mercados a uno con participación estatal⁷⁹

Si bien la integración de los mercados de energía de América Latina es un tema tratado por más de tres décadas, y tuvo pasos concretos en sus inicios, con la construcción de los proyectos hidroeléctricos binacionales (Salto Grande, Itaipú y Yacyretá). Estos fueron impulsados por los Estados, propietarios, en general, de las empresas involucradas.

Durante la década de los noventa, en algunos casos, con anterioridad a ella, la liberalización y la desregulación, crearon un nuevo ambiente para el comercio energético regional. En efecto, las iniciativas de integración energética retomaron un nuevo impulso, pero con un nuevo enfoque – liberal– y con un marco más amplio –el continental–. La denominada “Iniciativa Energética Hemisférica” fue lanzada en el marco de la primera Cumbre Presidencial de las Américas, realizada en Miami en 1994, teniendo como escenario un proceso de reformas económicas cuyos ejes centrales fueron la plena libertad de mercado, la disciplina fiscal y la desregulación del Estado. Éstas ya habían sido anunciadas, tanto en el marco del Consenso de Washington, como en la Iniciativa de las Américas, en 1989, y en junio de 1990, respectivamente.

Las medidas para lograr la integración energética en materia de desregulación, apertura comercial y libre circulación de servicios energéticos no se incluyeron, sin embargo, en el texto de la Iniciativa Energética Hemisférica, sino en los capítulos de inversiones y servicios del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y de los Tratados de Libre Comercio (TLC). Las acciones establecidas en el Plan de Acción de la Iniciativa Energética Hemisférica otorgan énfasis, sobre todo, a la eficiencia energética, promoción de energías renovables y limpias, uso de tecnologías no contaminantes, entre otros. El hecho que la Iniciativa Energética Hemisférica no abordara de manera explícita la relación entre privatización del sector y la cooperación energética se debió a que las dos principales empresas estatales productoras de petróleo en la región,

⁷⁹ Este capítulo es una síntesis de los trabajos escritos por la autora, “Cooperación e Integración Energética en América Latina y el Caribe, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N.106, CEPAL, Santiago de Chile, 2006 y “La seguridad energética de América Latina y el Caribe en el contexto mundial”, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N.128, CEPAL, Santiago de Chile, 2007.

PDVSA de Venezuela y PEMEX, de México, así como la del principal importador latinoamericano de energía, PETROBRAS, de Brasil, seguían manteniendo, aunque con distintos matices, el control sobre la actividad petrolera.

Durante los noventa, tal como ya fue mencionado, los países de la región liberalizaron sus regímenes de tratamiento a las inversiones, así como del sector de servicios. En el sector energético, estas reformas tendieron a eliminar los obstáculos a las operaciones de las empresas privadas nacionales y extranjeras en todas las ramas de la industria energética, desde la exploración y producción de gas y petróleo, hasta la distribución y venta de productos petroleros en el mercado final. No obstante, los grados de liberalización fueron diferentes, pues en algunos casos estuvieron limitados por normas constitucionales, mientras que en otros, se consideró que se trataba de un sector estratégico.

Se pensó que, en la medida en que las reformas mencionadas fueran profundizándose, los procesos de integración del sector también lo harían. Sin embargo, éstas no han dado los resultados esperados, por lo menos en los países que vendieron sus empresas petroleras estatales. Según la Confederación Latinoamericana de Empresarios de Combustibles (CLAEC), “la privatización de empresas energéticas paraestatales en América Latina no ha sido el mejor camino para desarrollar la industria; los precios de los combustibles no han bajado en las naciones donde se ha privatizado el sector. En Sudamérica, tras la venta en Argentina de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), ahora no hay una compañía que le asegure a ese país tener los hidrocarburos suficientes para su consumo y atender su demanda. (...) Hasta ahora se ha visto que no fue un buen negocio privatizar las paraestatales; los países que lo hicieron ahora tienen problemas relacionados con su producción petrolera”⁸⁰.

Bajo el marco político económico antes descrito, el proyecto Hemisférico de Integración Energética empezó a perder dinamismo, y después de 2001 no tuvieron lugar las reuniones anuales de ministros de energía que, hasta entonces, se habían realizado anualmente. En un contexto en el que algunos países, luego de haber privatizado sus empresas públicas energéticas, han tenido problemas con su producción y reservas de petróleo y gas, surgen, crecientemente, propuestas que intentan revisar los contratos y concesiones en éstas áreas.

Las políticas energéticas liberalizadoras están siendo revisadas, y las propuestas de integración energética basadas en la privatización de las empresas del sector, la apertura comercial y la desregulación han ido perdiendo vigencia, especialmente en Sudamérica. Se observa cierta tendencia a rescatar un papel más activo del Estado en las actividades energéticas y a hacer del planeamiento estatal de los mercados energéticos un instrumento indicador indispensable en la canalización y coordinación de las inversiones de los agentes privados y públicos. Asimismo, la preservación de los recursos no renovables y la autonomía de los Estados para regular su explotación, ha sido nuevamente reivindicado como parte de las políticas energéticas.

Las declaraciones gubernamentales sobre integración energética han dejado el ámbito hemisférico para trasladarse al ámbito estrictamente latinoamericano, y sudamericano, en particular. Es decir, éstas no sólo han cambiado de escenario, sino también de enfoque.

Las nuevas concepciones en las que se concede a los Estados un rol más protagónico en la integración energética, subyacen tanto en las Declaraciones emitidas por la Organización Latinoamericana de Energía, a partir de 2003, como en la Declaración de Caracas de 2005, suscrita por los Ministros de Energía de Sudamérica. En dicha Declaración, las autoridades sudamericanas acordaron continuar dando pasos concretos en la cooperación energética, con base

⁸⁰ Declaraciones del secretario técnico de la Confederación Latinoamericana de Empresarios de Combustibles (CLAEC), Antonio Goidanich, publicadas en www.milenio.com México, 5 de diciembre de 2005.

a los principios del derecho soberano de los países a establecer los criterios que aseguren el desarrollo sustentable en la utilización de los recursos naturales renovables y no renovables, así como también a administrar la tasa de explotación de los recursos naturales no renovables. Asimismo, respetar los modos de propiedad que utiliza cada Estado para el desarrollo de sus recursos energéticos.

Estos principios fueron ratificados por los presidentes durante la Primera Cumbre de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN) realizada en Brasilia a fines de septiembre de 2005. Asimismo, en la Declaración de Cochabamba, suscrita durante la II Cumbre de Jefes de Estado de la CSN en diciembre de 2006, se reiteró que la integración energética debía ser concebida para el bienestar de todos mediante la articulación de las estrategias y políticas nacionales para un aprovechamiento de los recursos energéticos de la región que sea integral, sostenible, solidario y que reconozca las asimetrías entre los países y regiones. Asimismo, se determinó que la Comisión de Altos Funcionarios, con el apoyo de las organizaciones regionales pertinentes, establecería Grupos de Trabajo en el área de integración energética. Dichos Grupos de Trabajo deberían proponer, a consideración de los Cancilleres y Ministros sectoriales, las agendas e iniciativas concretas en esta área.

Más recientemente, en abril de 2007, tuvo lugar la Primera Cumbre Energética Presidencial Sudamericana celebrada en Venezuela. Por primera vez, los Jefes de Estado de los países sudamericanos se reunieron para diseñar las bases de una estrategia consensuada sobre el tema energético. Para poder formular planteamientos consensuados entre países exportadores e importadores de petróleo, se acordó la institucionalización de las reuniones ministeriales de energía a través de la conformación de un Consejo en el marco de la integración regional que entre sus tareas prioritarias deberá elaborar un Tratado Energético.

Es en este marco que, con anterioridad a estas declaraciones regionales, surgió la Iniciativa Petroamérica, de parte del gobierno venezolano. Dicha iniciativa de integración energética se basa en la consideración que se trata de un asunto de los Estados y de los gobiernos, lo cual no implica la exclusión de sectores empresariales privados. Los acuerdos enmarcados en Petroamérica plantean la integración de las empresas energéticas estatales de América Latina y del Caribe para la instrumentación de acuerdos y realización de inversiones conjuntas en la exploración, explotación y comercialización del petróleo y gas natural. Estas iniciativas de cooperación entre empresas petroleras estatales de la región han tenido lugar de forma creciente sobre todo entre PDVSA y PETROBRAS, pero también con otras de la región sudamericana como ENARSA de Argentina, Yacimientos Petrolíferos Fiscales de Bolivia (YPFB), entre otras.

Ésta busca, además, la complementariedad económica y la reducción de los efectos negativos que tienen los costos de energía –originados por el incremento de la demanda mundial de petróleo, así como de factores especulativos y geopolíticos– en los países de la región. Se trata de un proceso que intenta desarrollarse de forma progresiva y que, según se señala en la propuesta, empezará a concretarse a través de acciones y acuerdos bilaterales o subregionales.

La propuesta incluye también mecanismos de financiamiento preferencial en el suministro petrolero para las naciones del Caribe y Centroamérica. Se busca asegurar que los ahorros derivados de la factura energética surgidos en el marco de algunos convenios como Petrocaribe, sean empleados en el desarrollo económico y social, vía el fomento del empleo y apoyo a actividades productivas y de servicios de salud pública, educación, entre otros.

La integración energética es un objetivo fundamental de los gobiernos latinoamericanos, y una de las áreas prioritarias en la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, así como también en la región centroamericana. Sin embargo, en la mayoría de países sudamericanos, prevalece una visión más protagónica del Estado en la gestión de los recursos energéticos, que contrasta con las disposiciones que se exigen en la OMC y en los TLC.

B. Las negociaciones internacionales y las iniciativas de integración energética sudamericanas

Los compromisos que adquiera la región en los ámbitos multilaterales, regionales y bilaterales de las negociaciones internacionales, darán origen a reglas que tienen carácter vinculante, es decir, que tendrán que ser cumplidas obligatoriamente y formarán parte de los marcos regulatorios de los países de la región.

Algunas de dichas reglamentaciones pueden tener una gran influencia en la posibilidad de diseñar estrategias de desarrollo en la actividad energética de la región, especialmente en aquellas que tengan como eje central el desarrollo sostenible y la articulación de las estrategias y políticas nacionales para un aprovechamiento de los recursos energéticos de la región que sea integral, sostenible, solidario y que reconozca las asimetrías entre los países y regiones, conforme lo señalan los presidentes de la Comunidad Sudamericana de Naciones – hoy denominada Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) – en sus Declaraciones.

Las reglas que se negocien en los ámbitos internacionales señalados, pueden limitar la utilización de ciertos instrumentos de política económica. (Werner, 2004) cita como ejemplos, para el caso de Bolivia, medidas que podrían afectar el uso de normas para la “promoción del mercado nacional del gas y los procesamientos petroquímicos en el país; aquellas para incentivar las compras de la cadena del gas a PyMEs nacionales y promover activamente la mejora tecnológica de contratistas nacionales de aquella cadena; limitaciones para incentivar la transferencia de tecnología y la realización de actividades de investigación y desarrollo en el país; e incentivar y promover la localización de complejos procesadores y clusters de PyMEs en determinadas regiones del país”⁸¹ ver recuadro 21.

RECUADRO 21 LOS CLUSTERS ENERGÉTICOS

Los Clusters Energéticos son conjuntos de empresas productivas y de entidades relacionadas que conectan a actividades de las “cadenas centrales de procesamiento de energía” con muchas otras actividades, multiplicando así los efectos que puede generar el comercio de energéticos en términos de empleos y de demandas inducidas para otras empresas del resto de la economía. Estos clusters crean economías de escala y externalidades positivas que otros sectores pueden disfrutar, las cuales habrían sido originalmente generadas en el sector energético.

Fuente: Corrales Leal, Werner, “Los clusters energéticos, los servicios de energía y las negociaciones comerciales internacionales en una estrategia boliviana de desarrollo económico apoyada en el gas natural, junio de 2004 www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia ClustersEnergeticos.pdf

Es decir, los compromisos que se asumen en las negociaciones internacionales afectan la autonomía de los Estados para aplicar políticas sectoriales. Por ejemplo, uno de los aspectos que tiene relación directa con los servicios energéticos en el ámbito del AGCS, es el referido a la reglamentación nacional (Artículo VI) que señala que en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que “todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial”⁸².

⁸¹ Corrales Leal, Werner, “Los clusters energéticos, los servicios de energía y las negociaciones comerciales internacionales en una estrategia boliviana de desarrollo económico apoyada en el gas natural, junio de 2004 www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia ClustersEnergeticos.pdf

⁸² Es importante destacar que el AGCS define como “medida” cualquier disposición adoptada por un país miembro “ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma. Artículo XVIII del AGCS”.

En la práctica, como se mencionó en el capítulo correspondiente, esta disposición le confiere al AGCS cierta capacidad para interferir, mediante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en los esfuerzos gubernamentales por aprobar medidas que pudieran considerarse como “barreras innecesarias al comercio de servicios”, o que se estime que constituyan “obstáculos innecesarios que impidan garantizar la calidad del servicio”. El AGCS podría desarrollar “disciplinas” con el fin de ejercer un control estricto sobre las regulaciones y aplicar “exámenes de necesidad” destinados a determinar cuáles regulaciones son necesarias y cuáles no lo son.

El mismo artículo VI contempla “el establecimiento de tribunales o procedimientos judiciales que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados” Sin embargo, “no se impondrá a ningún Miembro la obligación de establecer tales tribunales o procedimientos cuando ello sea incompatible con su estructura constitucional o con la naturaleza de su sistema jurídico.” En ese sentido, es importante que los países mantengan estructuras jurídicas que les permita tener un mayor nivel de autonomía en la definición de políticas económicas que, de lo contrario, podrían ser cuestionadas o limitar sus márgenes de acción.

Si Bolivia, Venezuela o Ecuador hubieran negociado las actividades vinculadas a los servicios energéticos en el AGCS, o las inversiones en energía en el TLC, les sería muy complejo tomar medidas para aumentar las regalías que pagan las empresas petroleras extranjeras. Asimismo, difícilmente podrían exigirle a las empresas extranjeras que se asocien con una empresa local o que empleen mano de obra local y la contratación de ciudadanos nacionales para los trabajos de ingeniería y otros oficios especializados altamente remunerados, o que exijan transferencia de tecnologías de última generación para los sistemas de prospección, extracción, procesamiento y monitoreo en información, pues el capítulo sobre inversiones en el TLC, elimina los requisitos de desempeño a las inversiones. (Menotti, 2006) considera que esas herramientas de política son justamente las “barreras al libre comercio de servicios” que las empresas extranjeras de servicios energéticos pretenden disciplinar a través de la OMC.

La eliminación de los requisitos de desempeño que exigen los inversionistas en el capítulo sobre Inversiones en los TLC limita, efectivamente, la instrumentación de políticas públicas de los Estados. Es decir, los gobiernos se ven imposibilitados de exigir el cumplimiento de requisitos como alcanzar un determinado grado de contenido nacional; otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios producidos localmente; relacionar el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o el monto de las entradas de divisas con la inversión realizada; topes o condicionamiento de importación de insumos, exigencias de transferencia de tecnologías, entre otras.

Asimismo, las normas de acceso a mercados y el trato nacional contenidos en el AGCS tienden a eliminar medidas como el límite en el número de proveedores del servicio, sobre el valor total de transacciones o el número total de operaciones de servicio o de personas empleadas. Este tipo de medidas tiene un impacto en los países con recursos energéticos, toda vez que al prohibir el derecho a limitar el número de empresas petroleras u operaciones de la misma que puedan existir en un país, las corporaciones tienen, en la práctica, libre acceso a los recursos de energía del país.

Dichas normas se contraponen con el compromiso de las autoridades sudamericanas que han manifestado continuar dando pasos concretos en la cooperación energética, con base a los principios del derecho soberano de los países a establecer los criterios que aseguren el desarrollo

sustentable en la utilización de los recursos naturales renovables y no renovables, así como también a administrar la tasa de explotación de los recursos naturales no renovables⁸³.

En los TLC, en el capítulo de inversiones, se establece la reducción o eliminación de los límites a la participación de los inversionistas extranjeros en la propiedad de las empresas nacionales. Es decir, se permite a los inversionistas extranjeros ser propietarios (en su totalidad o parcialmente) de empresas que operan en el territorio nacional. Esto se contrapone con los enunciados establecidos por los presidentes sudamericanos al haber acordado “respetar los modos de propiedad que utiliza cada Estado para el desarrollo de sus recursos energéticos”⁸⁴.

Los acuerdos enmarcados en Petroamérica plantean la integración de las empresas energéticas estatales de América Latina y del Caribe para la instrumentación de acuerdos y realización de inversiones conjuntas en la exploración, explotación y comercialización del petróleo y gas natural. Se considera que la integración energética es un asunto de los Estados y de los gobiernos, lo cual no implica la exclusión de sectores empresariales privados. De hecho existen experiencias exitosas en otros países latinoamericanos exportadores de hidrocarburos, en el uso de mecanismos que incentivan la formación de consorcios y “joint-ventures” entre empresas locales y corporaciones transnacionales de servicios de energía, y en particular en los servicios asociados a ingeniería y construcción, las cuales podrían extenderse a otros servicios relacionados con exploración y producción, por ejemplo.

Este tipo de acciones requieren un tratamiento preferencial a empresas regionales y límites a las corporaciones extranjeras, que no concuerdan con los principios del AGCS y los del TLC que propugnan por el trato nacional e igualdad de condiciones. Asimismo, las Compras del Sector público, en materia de bienes y servicios, deberían eximirse de ser negociadas para evitar que el tratamiento que den las empresas estatales a sus proveedores nacionales y extranjeros sea otorgado no permita otorgar márgenes preferenciales. En cualquier caso, debería considerarse un trato en igualdad de condiciones a las compras del sector público de bienes y servicios entre empresas de la región, de tal manera que éstas dispongan de un margen preferencial con respecto a las provenientes de fuera de la región.

Hay otros temas de las negociaciones que tienen lugar en la OMC o en los TLC, que pueden afectar la viabilidad de una estrategia de clusters y servicios de energía, así como el establecimiento de alianzas entre empresas petroleras de la región. (Werner, 2004) señala que “éstas tienen relación con el comercio de servicios de energía, área en la cual se negociará el libre acceso a la inversión internacional, el libre movimiento de personas y de equipos para la prestación de los servicios, acciones para asegurar la libre competencia y acceso a la tecnología y las redes, y regulaciones domésticas en las cuales están en juego “espacios para políticas de desarrollo”, como por ejemplo en compras públicas y subsidios (entre otras finalidades, para apoyar el desarrollo local de actividades de servicios de ‘alta intensidad de conocimiento’ y la cooperación entre empresas locales –PyMEs y otras– y corporaciones internacionales en el comercio de servicios de tal característica”.

El mismo autor considera que “las reglas sobre competencia tienen una importancia fundamental para garantizar el acceso al uso de la energía por parte de las poblaciones y las actividades económicas, en condiciones de sustentabilidad económica y social”. Asimismo, advierte que “las negociaciones sobre competencia podrían eventualmente conducir a limitar la autonomía de los productores de commodities energéticos para protegerse de la caída de precios a través de acuerdos internacionales de estados productores. Estas son prácticas que han utilizado en el pasado los países de la OPEP, México y otros grandes productores de hidrocarburos”.

⁸³ Declaración de Caracas suscrita por los ministros de Energía de Sudamérica, o sus representantes, el 27 de septiembre de 2005.

⁸⁴ Ibid 83.

Síntesis y conclusiones

Los compromisos que adquieran los países de la región en el ámbito de la actividad energética en las negociaciones internacionales multilaterales (OMC) y bilaterales (TLC), darán origen a normativas que tienen carácter vinculante y que formarán parte del cuerpo legal de los países de la región. Algunas de dichas reglamentaciones pueden tener una gran influencia en la posibilidad de diseñar estrategias de desarrollo nacionales y regionales, especialmente en aquellas que tengan como eje central “el desarrollo sostenible y la articulación de las estrategias y políticas nacionales para un aprovechamiento de los recursos energéticos que sea integral, sostenible, solidario y que reconozca las asimetrías entre los países y regiones”, conforme lo señalan los presidentes de la Comunidad Sudamericana de Naciones en sus Declaraciones oficiales.

Los compromisos asumidos en las negociaciones internacionales tienen, asimismo, incidencia en el acceso universal a los servicios energéticos. Recientes estudios de organismos internacionales han demostrado que éstos son esenciales para el desarrollo económico y social y que son fundamentales para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Para ello, es imprescindible incluir un mayor acceso a los servicios energéticos en sus estrategias nacionales, lo cual, a su vez, requiere un marco de planificación para su desarrollo.

Es importante destacar que, si bien el AGCS excluye de la liberalización a los servicios básicos que “son suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”, la ambigüedad de la normativa impulsa, en la práctica, a un proceso de liberalización también en los servicios básicos, entre ellos, los energéticos.

En cuanto a la privatización y el papel de los proveedores privados de servicio, un informe de la UNCTAD destaca que muchos gobiernos confiaban, a finales de los años ochenta y noventa, en que la privatización de las empresas de servicios públicos estimularía la competencia y atraería la inversión privada, y que el libre juego del mercado daría lugar por sí mismo a resultados favorables para los pobres. No obstante, las pruebas empíricas de los beneficios de la privatización de los servicios son muy diversas. En algunos casos, para lograr altos niveles de rentabilidad, el sector privado ha optado por prácticas orientadas a evitar los riesgos y a la fijación de precios de cártel. Con frecuencia, este comportamiento ha impedido a los operadores privados contribuir plenamente al logro de los objetivos de acceso universal en los países en desarrollo. Por otro lado, la inexistencia de políticas y marcos jurídicos, institucionales, y reglamentarios adecuados, además de los problemas de corrupción y falta de transparencia, también han afectado negativamente el logro de los resultados previstos en determinadas situaciones.

Los organismos multilaterales de crédito, especialmente el Banco Mundial, han desempeñado un papel importante en el desarrollo de los recursos energéticos. A principios de la década de los noventa, impulsaron reformas que dieron lugar a un incremento de inversiones del sector privado en proyectos hidrocarburíferos. Si bien ello ha contribuido a incrementar las reservas y la producción del gas y petróleo en el mundo, y a que los países en desarrollo puedan disponer de ingresos fiscales como resultado de las regalías y cánones pagados por las empresas inversoras, no han contribuido a un mayor acceso de la población a los servicios energéticos. La mayor parte del petróleo y gas proveniente de los países en desarrollo se destina a satisfacer las necesidades crecientes de los países desarrollados. Según un estudio de Public Services Internacional, 82% de los proyectos de extracción de petróleo financiados por el Banco Mundial, fueron destinados a la exportación.

Las reformas estructurales en el sector energético, han determinado la segmentación de un conjunto de actividades, las mismas que pueden ser consideradas como servicios y que pueden, por lo tanto, ser objeto de negociaciones de liberalización en el comercio internacional, concretamente en el AGCS. En este contexto, un grupo de países miembros de la OMC, el denominado “Amigos del Grupo Energético” ha venido trabajando en la definición de una clasificación de los servicios energéticos que, en lo posible, refleje las actuales condiciones del mercado para el sector energético. La clasificación del sector de los servicios energéticos, es un tema que actualmente se discute en la OMC. En la regulación comercial internacional, la energía es abordada como mercancía en el GATT y como servicio en el AGCS. Sin embargo, esta distinción no está exenta de dificultades.

En la actualidad, las negociaciones en el área de servicios, incluidos los energéticos, se están desarrollando según la metodología que se adoptó en la Conferencia Ministerial de Hong Kong, en diciembre de 2005. En dicha Declaración Ministerial se decidió intensificar las negociaciones para ampliar el número de sectores de servicios y los modos de prestación y se puso énfasis en el enfoque plurilateral para las negociaciones, que impulsan los países desarrollados, sobre la base de peticiones colectivas de amplia cobertura sectorial. Éstas se han venido desarrollando bajo este enfoque durante la primera mitad de 2006 toda vez que en el mes de julio de dicho año se suspendieron las negociaciones de la Ronda de Doha, las mismas que fueron retomadas a finales de enero de 2007 en Davos. Desde entonces no se han producido avances sustantivos.

El enfoque actual de priorizar las negociaciones plurilaterales sobre las bilaterales –forma tradicionalmente utilizada– intenta aumentar la eficiencia de todo el proceso de negociación. En efecto, se considera que es más racional que si un conjunto de países comparte los mismos intereses en un sector, presente una propuesta colectiva a otro grupo que tengan mercados importantes y que muestren un interés común en liberalizarlos.

En el caso de los servicios energéticos, en febrero de 2006, un grupo de países (Australia, Canadá, Unión Europea, Japón, Noruega, Arabia Saudita, Corea, China Taipei, Singapur y los Estados Unidos) presentaron ante la Secretaría de la OMC, una propuesta colectiva en servicios energéticos. Esta propuesta, recibida por 23 países –entre los cuales se encuentran seis de los siete países miembros de la OMC, que a la vez son miembros de la OPEP– está en proceso de negociación. Otros países que han acogido la propuesta son Brasil, China, Colombia, Ecuador, Egipto, India, Kuwait, Nigeria, Qatar y los Emiratos Árabes Unidos. Salvo Arabia Saudita y Canadá, los países que presentaron la propuesta son importadores de petróleo.

En la propuesta, se les ha solicitado que abran sus mercados a un comercio más libre en servicios energéticos, incluyendo las actividades básicas de producción procesamiento y distribución de petróleo y gas. Según la Oficina para la Representación Comercial de los Estados Unidos (USTR) la propuesta colectiva busca la eliminación de limitaciones a la inversión

extranjera; a las restricciones a las formas de establecimiento (por ejemplo, a prohibiciones de establecimientos de sucursales; a prohibiciones en el suministro de servicios a lo largo de la frontera; a los requerimientos de nacionalidad; a políticas regulatorias discriminatorias y a las restricciones a la competencia (como por ejemplo, a las limitaciones a la entrada de nuevos competidores).

Para los países desarrollados importadores de hidrocarburos, especialmente Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, el acceso libre a éstos es considerado un asunto de seguridad nacional. En ese sentido, las negociaciones de servicios energéticos tanto en el AGCS, así como en los capítulos de inversiones y compras públicas en los TLC, constituyen intereses fundamentales de su política exterior. En el ámbito multilateral de la OMC, se presenta, además, un escenario en donde se pueden establecer alianzas con los países productores de petróleo. Así, los países miembros de la OPEP están divididos en sus posiciones, a pesar que seis de los siete miembros de esta agrupación, que ya son miembros de la OMC, están negociando la propuesta colectiva, antes mencionada, planteada por un grupo de países desarrollados. Venezuela es el único país miembro de la OMC que, siendo a su vez miembro de la OPEP, no ha acogido la propuesta colectiva de liberalización de servicios energéticos.

Actualmente, las grandes empresas energéticas internacionales vienen manifestando crecientemente, su interés por internacionalizar y liberalizar los mercados de energía. La energía es un sector que es regido sólo parcialmente por las reglas de la OMC. Las características del actual mercado energético con altos precios y modificaciones en la renta petrolera en algunos países, han dado lugar a que representantes de estos sectores soliciten a la OMC nuevas reglas para su sector. Así lo han manifestado los directivos del Consejo Mundial de Energía⁸⁵ al sostener que "después de Doha, queremos que la OMC negocie un nuevo capítulo sobre servicios energéticos, ante la oleada de países que nacionalizan su electricidad o su petróleo."⁸⁶ En general, consideran que los biocarburos representan "un mercado muy protegido debido a las subvenciones de los Estados" y que éste es, en parte, uno de los factores por los que "los países en vías de desarrollo no llegan a exportarlos..."

Lo que se busca es definir e incluir los servicios energéticos en la disciplina del comercio mundial. Estos abarcan un amplio espectro que aborda desde la exploración y la extracción de petróleo y gas, a la generación y la distribución de electricidad, hasta el consumo de energía y sus productos. Gran parte de los países productores y exportadores de hidrocarburos tienden a preservar algunas prerrogativas para mantener el control de ciertas actividades del sector y, en general, son abiertos a la recepción de inversiones extranjeras pero dentro de un marco de reglas en el que los Estados nacionales tienen injerencia en la fijación de las mismas. La liberalización del sector energético no ha registrado los mismos avances que los ocurridos en otros sectores de servicios como los financieros o las telecomunicaciones.

Los gobiernos de los países desarrollados, especialmente Estados Unidos y la Unión Europea, intentan lograr que la OMC se convierta en el principal instrumento internacional que rija la actividad energética y facilite el acceso a la misma a través del accionar de las grandes empresas de servicios. Si las propuestas impulsadas por los países industrializados en la OMC fueran aprobadas, seguramente contribuirían a incrementar la producción mundial de petróleo y,

⁸⁵ El Consejo Mundial de la Energía (WEC, por sus siglas en inglés) es una organización que aborda diversos ámbitos de la energía (carbón, petróleo, gas natural, nuclear, hidráulica y renovables). Fue establecida en 1923 y tiene sede en Londres. Tiene representación en aproximadamente cien países. Sus miembros están agrupados en 94 Comités Autónomos, cada uno de los cuales representa sectores vinculados a temas energéticos: productores, proveedores y comercializadores de energía, ministerios, asociaciones nacionales, manufacturas y productores de combustibles, decidores de política, agencias de gobierno, usuarios de energía, organizaciones medioambientales.

⁸⁶ Declaraciones del secretario general del Consejo Mundial de Energía, Gérald Doucet, que agrupa a las empresas del sector, al cierre del Congreso plenario de la WEC en Roma, 15 de noviembre de 2007.

como señala el Secretario General de esa organización, otorgarían una mayor seguridad energética a los países no productores de energía. Sin embargo, las decisiones clave sobre su utilización quedarán cada vez más fuera del alcance e influencia de los gobiernos propietarios de los recursos energéticos.

En la medida en que los logros en el ámbito de la OMC han sido exiguos, se busca introducir estos objetivos en acuerdos regionales como el ALCA (actualmente suspendido) o en los Tratados de Libre Comercio (TLC) que se suscriben con países desarrollados. En ellos se busca la desregulación de los sectores energéticos y el paulatino desplazamiento de los Estados nacionales en la conducción de este sector.

Los capítulos de los TLC con países industrializados que tienen mayor vinculación con las actividades energéticas son los referidos a las inversiones, acceso a mercados, compras de servicios públicos y servicios transfronterizos. En el caso de los TLC suscritos por Estados Unidos con países de América Latina y el Caribe, el único que tiene un capítulo que aborda la actividad energética es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscrito por México con Estados Unidos y Canadá en 1994.

A la fecha, sólo México, Chile, los países centroamericanos –que negociaron conjuntamente el Tratado, junto con República Dominicana– y Perú, tienen vigentes TLC con Estados Unidos. Colombia y Panamá, se encuentran a la espera de que éstos sean ratificados por el Congreso de Estados Unidos.

Los compromisos que se adopten en las negociaciones internacionales multilaterales y bilaterales, tienen también incidencia en las iniciativas de cooperación energética de la región, impulsadas desde fines de los noventa, especialmente en Sudamérica. Éstas surgieron ante la pérdida de vigencia de la “Iniciativa Energética Hemisférica” lanzada durante la primera Cumbre Presidencial de las Américas, realizada en Miami en 1994. Ésta propugnaba la liberalización de los regímenes de tratamiento a las inversiones, así como del sector de servicios y la desregulación de la actividad energética. En este marco, la mayoría de países de la región instrumentaron reformas en el sector energético, que tendieron a eliminar los obstáculos a las operaciones de las empresas privadas nacionales y extranjeras en todas las ramas de la industria energética, desde la exploración y producción de gas y petróleo, hasta la distribución y venta de productos petroleros en el mercado final. No obstante, los grados de liberalización fueron diferentes, pues en algunos casos estuvieron limitados por normas constitucionales, mientras que en otros, se consideró que se trataba de un sector estratégico.

Sin embargo, éstas no han dado los resultados esperados, por lo menos en los países que vendieron sus empresas petroleras estatales. En un contexto en el que algunos países, luego de haber privatizado sus empresas públicas energéticas, han tenido problemas con su producción y reservas de petróleo y gas, surgen, crecientemente, propuestas que intentan revisar los contratos y concesiones en éstas áreas. Por ello, se observa cierta tendencia a rescatar un papel más activo del Estado en las actividades energéticas y a hacer del planeamiento estatal de los mercados energéticos un instrumento indicador indispensable en la canalización y coordinación de las inversiones de los agentes privados y públicos. Asimismo, la preservación de los recursos no renovables y la autonomía de los Estados para regular su explotación, han sido nuevamente reivindicados como parte de las políticas energéticas.

En ese sentido, es fundamental analizar el impacto de los compromisos que se asumen en las negociaciones internacionales para poder hacer viables los lineamientos que impulsan actualmente los gobiernos sudamericanos, que tienden a otorgarle al Estado un rol más protagónico en el desarrollo de la actividad energética.

Algunas de ellas son las siguientes:

- a) La eliminación de los requisitos de desempeño que se exige en el capítulo sobre Inversiones en los TLC. Es decir, los gobiernos no podrán exigir el cumplimiento de requisitos como alcanzar un determinado grado de contenido nacional; otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios producidos localmente; relacionar el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o el monto de las entradas de divisas con la inversión realizada; topes o condicionamiento de importación de insumos, exigencias de transferencia de tecnologías, entre otras.
- b) En los TLC, en el capítulo de inversiones, se establece la reducción o eliminación de los límites a la participación de los inversionistas extranjeros en la propiedad de las empresas nacionales. Es decir, se permite a los inversionistas extranjeros ser propietarios (en su totalidad o parcialmente) de empresas que operan en el territorio nacional. Esto se contraponen con los enunciados establecidos por los presidentes sudamericanos al haber acordado “respetar los modos de propiedad que utiliza cada Estado para el desarrollo de sus recursos energéticos”.
- c) Uno de los aspectos que tiene relación directa con los servicios energéticos en el ámbito del AGCS, es el referido a la reglamentación nacional (Artículo VI) que señala que, en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que “todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial.” En la práctica, esta disposición le confiere al AGCS cierta capacidad para interferir, mediante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en los esfuerzos gubernamentales por aprobar medidas que pudieran considerarse como “barreras innecesarias al comercio de servicios”, o que se estime que constituyan “obstáculos innecesarios que impidan garantizar la calidad del servicio”. El AGCS podría desarrollar “disciplinas” con el fin de ejercer un control estricto sobre las regulaciones y aplicar “exámenes de necesidad” destinados a determinar cuáles regulaciones son necesarias y cuáles no lo son.
- d) Las normas de acceso a mercados y el trato nacional contenidos en el AGCS tienden a eliminar medidas como el límite en el número de proveedores del servicio, sobre el valor total de transacciones o el número total de operaciones de servicio o de personas empleadas. Este tipo de medidas tiene un impacto en los países con recursos energéticos, toda vez que al prohibir el derecho a limitar el número de empresas petroleras u operaciones de la misma que puedan existir en un país, las corporaciones tienen, en la práctica, libre acceso a los recursos de energía del país. Dichas normas se contraponen con el compromiso de las autoridades sudamericanas que han manifestado continuar dando pasos concretos en la cooperación energética, con base a los principios del derecho soberano de los países a establecer los criterios que aseguren el desarrollo sustentable en la utilización de los recursos naturales renovables y no renovables, así como también a administrar la tasa de explotación de los recursos naturales no renovables.
- e) Las compras de empresas de energía del sector público, en materia de bienes y servicios, deberían eximirse de ser negociadas para evitar un trato similar a proveedores nacionales y extranjeros. En cualquier caso, debería considerarse un trato en igualdad de condiciones a las compras del sector público de bienes y servicios de empresas de la región, de tal manera que éstas dispongan de un margen preferencial con respecto a las provenientes fuera de este ámbito.

En ese sentido, sería conveniente negociar de manera coordinada las reglas de la OMC, y los TLC bilaterales relacionados con la actividad energética con miras a preservar espacios para políticas de desarrollo en los compromisos que se asuman.

Siglas utilizadas

ADPIC Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio

AGCS Acuerdo General sobre Comercio de Servicios

AIE Agencia Internacional de Energía

ALCA Asociación de Libre Comercio de las Américas

AMI Acuerdo Multilateral de Inversiones

CLAEC Comisión Latinoamericana de Empresarios de Combustibles

CSN Comunidad Sudamericana de Naciones

ENARSA Energía Argentina S.A.

ESMAP Programa de Apoyo a la Gestión del Sector Energético (Energy Sector Management Assistance Program)

GATT Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Trade Services)

GPA Acuerdo de Compra Públicas de la OMC (Agreement on Government Procurement)

JPOD Plan de Implementación de Johannesburgo (Johannesburg Plan of Implementation)

LPG Gas Licuado de Petróleo (Liquefied Petroleum Gas)

MDG Objetivos de Desarrollo del Milenio (Millennium Development Goals)

NMF Trato de Nación más Favorecida

OCDE Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

OMC Organización Mundial del Comercio

OPEP Organización de Países Exportadores de Petróleo

PDVSA Petróleos de Venezuela

PEMEX Petróleos Mexicanos

PETROBRAS Petróleo Brasileiro S.A.

PETROPERU Petróleos del Perú

TICs Tecnologías de la Información y la Comunicación

TLC Tratado de Libre Comercio

TLCAN Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TN Trato Nacional

UNASUR Unión de Naciones Sudamericanas

UNCPC Clasificación Provisional de Productos Centrales de las Naciones Unidas (United Nations Central Product Classification)

UNDP Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (United Nations Development Programme)

USTR Oficina para la Representación Comercial de los Estados Unidos (Office of the United States Trade Representative)

WEF Foro de Energía Mundial (World Energy Forum)

WSSD Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible (World Summit on Sustainable Development)

YPFB Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos

Bibliografía

- Abugattas Majluf, Luis, (2004) Los Servicios en los acuerdos Bilaterales con los Estados Unidos: ¿AGCS plus o AGCS Menos? Latin American Trade Network, agosto.
- Communication from Indonesia: (2006) Proposal on Classification on Energy Services. Revision, S/CSC/W/42/Rev.2, Ginebra, 28 de abril.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), (2006), Informe de la Reunión de expertos sobre el acceso universal a los servicios, TD/B/COM.1/EM.30/3, Ginebra, 14 al 16 de noviembre.
- Corrales Leal, Werner, (2004), Los clusters energéticos, los servicios de energía y las negociaciones comerciales internacionales en una estrategia boliviana de desarrollo económico apoyada en el gas natural, junio.
- [www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia ClustersEnergeticos.pdf](http://www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia%20ClustersEnergeticos.pdf)
- De Ferranti, David, Ferrerira, H. G. Francisco, Perry, E. Guillermo, Walton, Michael, (2003) Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?, Banco Mundial, Washington D.C.
- Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, adoptados por el Consejo del Comercio de Servicios en la reunión extraordinaria del 28 de marzo de 2001. Documento S/CSS/W/69, 19 de mayo de 2003.
- Documentos sobre propuestas de clasificación de servicios energéticos S/CSC/W/4227, 7 de noviembre de 2003 y S/CSC/W42/Rev.1/Corr.1, 25 de noviembre de 2004.
- Documento S/CSC/W/42/Rev.1. Reportes de la discusión pueden encontrarse en los documentos S/CSC/M/38 y S/CSC/M/39s en inglés) proyecto del Instituto de Estudios Políticos en Washington, DC y del Instituto Transnacional.
- ICTSD Reporting; (2006) "EU Trade Chief Poses WTO Rules In Energy Sector," en WALL STREET JOURNAL, 23 June 2006.
- Khor, Martin, (2006) "TWN Info Service on WTO and Trade Issues, febrero, Ginebra.
- Menotti, Víctor, (2007) La otra guerra por el petróleo: La agenda de Halliburton en la OMC, International Forum on Globalization www.ifg.org,
- Musselli, Irene y Zarrilli Simonetta, (2005) "Oil and gas services: market liberalization and the ongoing GATS negotiations", en Journal of International Economic Law Vol. 8 No. 2, Oxford University Press.
- Office of International Energy Policy, (1981) An Examination of The World Bank Energy Lending Program, Assistant Secretary, U.S. Department of the Treasury, 28 de julio.
- Onorato, William T., (1995) Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development, Departamento Legal del Banco Mundial, febrero, tomado de la red de energía y economía sustentable, SEEN proyecto del Instituto de Estudios Políticos en Washington, DC y del Instituto Transnacional.

- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Proyecto del Milenio de Naciones Unidas, Banco Mundial, y Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP) (2005), Energy Services for the Millennium Development Goals , Washington D.C.
- Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial adoptada el 18 de diciembre de 2005, Sexto período de sesiones, Hong Kong.
- Ríos Herran, Roberto (2005), "El acceso de Rusia a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su impacto potencial sobre los mercados de energía de los países del Grupo de Visegrado y de la Unión Europea" en Cuadernos de energía No. 7. 22 julio, Club Español de la Energía.
- Ruiz Caro, Ariela, (2006) Impactos de la Globalización y del TLC con Estados Unidos en la Educación, en "Globalización, Regionalización: nuevos desafíos para la gobernabilidad", Foro Educativo, enero, Pontificia Universidad Católica del Perú
- _____(2007), Cooperación e Integración Energética en América Latina y el Caribe, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N.106, CEPAL, Santiago de Chile.
- _____(2006), La seguridad energética de América Latina y el Caribe en el contexto mundial, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N.128, CEPAL, Santiago de Chile.
- _____(2005), Los recursos naturales en los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N.92, CEPAL, Santiago de Chile.
- South Centre (2005) Establecimiento de referencias y otros enfoques de liberalización en el marco del AGCS: ¿Cuáles son las consecuencias para los países en desarrollo?, Noviembre N.3, Ginebra.
- Tacoa-Vielma, Jasmin, (2003) "Un tema de debate: la definición de los servicios energéticos en relación con el AGCS" en Servicios energéticos y Ambientales: Objetivos en las negociaciones y prioridades en materia de desarrollo, UNCTAD, Ginebra, 2003.