

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

TEL: 54-0221-421-3202 54-0221-6442070/90 INT 203

Provincia de Buenos Aires – Argentina

INFORME *OBSERVATORIO* –OILAC–

INFORME *OBSERVATORIO*

INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

IIL-FCJS-UNLP

CALLE 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA – REPÚBLICA ARGENTINA

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

E-MAIL integra.unlp@gmail.com

www.iil.jursoc.edu.ar

LOS PAÍSES EN DESARROLLO FRENTE AL DESMANTELAMIENTO DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC¹

Marcelo Halperin

Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata

1. Cómo seguir arbitrando los conflictos ante las fracturas geopolíticas y geoeconómicas. El menú de opciones

Con motivo de las actividades preparatorias para la Décimo Tercera Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que se llevó a cabo entre el 26 de febrero y el 2 de marzo de 2024 en Abu Dabi, Emiratos Árabes Unidos, circularon, como era del estilo, propuestas y debates referidos a la inclusión de determinados temas cuya regulación multilateral merecía el interés de distintos Estados Miembros.

Algunas cuestiones en consideración eran –y al cabo de la Conferencia siguen siendo– materias pendientes. Entre ellas figuraron: la segunda fase de negociaciones relativas a la pesca; la continuidad o no de la moratoria vigente con respecto a la adopción de aranceles para las transmisiones electrónicas²; un programa de trabajo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias; seguridad alimentaria; responsabilidades ante las pandemias; y las todavía imprecisas iniciativas para una reforma del régimen de la OMC.

¹ Este trabajo es una versión ampliada y actualizada del documento distribuido en febrero de 2024 a través de la red GRIDALE bajo el título “Por qué los países en desarrollo deberían oponerse al desmantelamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC”. Los argumentos y referencias fueron extraídos en su mayor parte de tres escritos anteriores del autor: “La erosión del multilateralismo después de la invasión a Ucrania. Revelaciones de un caso emblemático en la OMC”, Informe Integrar número 136 del Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata, FCJS-UNLP, junio de 2022; “El futuro del multilateralismo económico. La disyuntiva latinoamericana” en el libro “Integración Latinoamericana: convergencias y divergencias multidimensionales”, coordinado por Noemí B. Mellado, Libro Digital editado por Nueva Época, 2023; y “La nueva política comercial norteamericana” publicado en el sitio web www.tradenews.com.ar el 9 de julio de 2023. El trabajo de investigación que lo sustenta se desarrolló en el marco de las labores propias del Subgrupo 4 del GRIDALE.

² Sobre este punto fue acordada una nueva prórroga para no imponer aranceles a las transmisiones electrónicas, esta vez hasta la celebración de la Décimo Cuarta Conferencia Ministerial o el 31 de marzo de 2026, según sea la fecha más cercana (Decisión Ministerial catalogada WT/MIN (24)/38 y WT/L/1193..

Se agregaron, además, temas de tratamiento más reciente, como la convalidación de la Decisión del Consejo General emitida en octubre de 2023 prorrogando las medidas de apoyo en favor de los “países menos adelantados” (PMA) aun cuando, según los criterios de desarrollo establecidos por la ONU se hubiesen “graduado”, esto es, quedaran en condiciones de ser catalogados dentro de la categoría superior de “países en desarrollo” (PED)³.

Pero atendiendo a la actual fractura geopolítica convendría concentrar la mirada en las reformas normativas y, especialmente, la pretensión de Estados Unidos de América (EUA) para introducir modificaciones sustanciales al Sistema de Solución de Diferencias (SSD). Se supone que para preservar la verosimilitud de una “comunidad económica internacional” hoy día muy cuestionada, más allá de cubrir ciertos huecos regulatorios, habría que reforzar distintas reglas multilaterales sistemáticamente incumplidas, además de fortalecer los mecanismos coercitivos e introducir disciplinas para cuestiones aun no abarcadas.

Sin embargo, parecía más probable que finalmente se ratificara, como finalmente ocurrió, la alta discrecionalidad bajo la cual están operando los Estados Miembros de la OMC con mayor peso económico y político.

Esta convalidación de medidas discrecionales indica, en particular, las escasas perspectivas de éxito para un eventual programa de reformas con vistas al incremento de la presión coercitiva en los procedimientos contenciosos previstos por el Sistema de Solución de Diferencias (SSD). En síntesis, la solución alternativa más ambiciosa, dirigida al afianzamiento de una “comunidad económica internacional”, resulta incompatible con la fractura geopolítica que prevalece y se ahonda día a día.

La supresión total del orden multilateral también debería desecharse, atendiendo a que los Estados Miembros que protagonizan esta fractura y, en especial EUA y la República Popular China (RPC), enfrascados en su “guerra comercial”, no apuntan a la destrucción de los mercados mundiales, sino que por el contrario pugnan por acapararlos y en consecuencia les resulta indispensable contar con una última instancia de transacción multilateral para poder encauzar sus controversias. Pero esta suposición no abona la

³ Sobre este punto también hubo acuerdo, sancionándose la Decisión Ministerial catalogada como WT/L/1189 y WT/MIN (24)/37.

intención del gobierno de EUA, empecinado en acotar al máximo las atribuciones arbitrales y, en especial, las del Órgano de Apelación.

Finalmente, si algo resaltó al cabo de la XIII Conferencia Ministerial fue la imposibilidad de avanzar sustancialmente sobre las pretendidas modificaciones al SSD que habían sido auspiciadas enérgicamente por el gobierno de EUA. Sin embargo quedó pendiente el compromiso para resolver la cuestión en el curso del mismo año aunque sin contar con algún consenso básico, enrareciendo aún más el panorama multilateral⁴.

2. La posición del gobierno norteamericano en las vísperas de la XIII Conferencia Ministerial de la OMC

El gobierno de EUA ya había explicitado sus principales inquietudes acerca de la reconfiguración del SSD desde años atrás. Pero sus planteos se fueron agudizando. Para recuperar los principales argumentos parece útil recordar expresiones de la Secretaria de Comercio Katherine Tai reproducidas en tres comunicados de la oficina de prensa del Presidente (*USTR Press Office*): (i) el documento fechado el 24 de agosto de 2023 que remarca su disertación durante la primera sesión del encuentro de Ministros de Comercio e Inversiones en el G20 llevado a cabo en Jaipur, India; (ii) el documento del 22 de septiembre de 2023 relativo a su intervención en una reunión del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales (*Center for Strategic and International Studies*) de la OMC; y (iii) el documento expedido en la misma fecha anterior que recoge los dichos de la funcionaria durante una entrevista efectuada por la publicación “Político”⁵.

⁴ La Decisión Ministerial a la que se arribó, en su último párrafo encomienda “a los funcionarios que aceleren los debates de manera inclusiva y transparente, aprovechen los progresos ya realizados y trabajen sobre las cuestiones pendientes, incluidas las cuestiones relativas a la apelación/el examen y la accesibilidad con el fin de lograr el objetivo para 2024 como establecimos en la CM12” (WT/MIN (24)/37; WT/L/1192).

⁵ “Remarks by Ambassador Katherine Tai at G20 Trade and Investment Minister’s Meeting”, USTR Press Office, for immediate release, August 24, 2023; “Remarks by Ambassador Katherine Tai on the World Trade Organization and the Multilateral Trading System”, USTR Press Office, for immediate release, September 22, 2023; “ICYMI: Ambassador Katherine Tai Affirms United States Commitment to a Reformed World Trade Organization”, USTR Press Office, for immediate release, September 22, 2023.

Cotejando en conjunto estas fuentes, se destacan tres principales puntos de atención:

- La nómina de cuestiones-clave (*key issues*) presentadas tentativamente por la funcionaria como temas a debatir durante la Conferencia;
- Una propuesta difusa sobre la necesidad de reformar las disciplinas o reglas de juego en el ordenamiento multilateral (*comprehensive reform agenda*); y
- El enérgico cuestionamiento al SSD tal como ha funcionado hasta el presente atribuyendo a los arbitrajes la tergiversación de disciplinas preestablecidas y planteando la necesidad de repensar el SSD en su totalidad.

Acerca de las disciplinas, la argumentación norteamericana presentada por la Embajadora Tai evoca la retórica fundacional de la OMC para reclamar regulaciones sobre cambio climático y protección de los derechos laborales, materias que hasta hoy no solo escapan de su órbita, sino que, como es sabido, son de incumbencia de otros organismos y bajo distintas fuentes normativas. Pero paradójicamente y en las mismas exposiciones, la Embajadora Tai exigió mayores márgenes de maniobra para los Estados Miembros con respecto a esos mismos temas aduciendo las prácticas anticompetitivas incurridas por RPC y presuntamente amparadas por interpretaciones arbitrales en litigios llevados a cabo dentro del SSD.

En especial la funcionaria norteamericana puso de relieve: la falsa caracterización auto-asignada por la RPC como “país en desarrollo”; la deliberada confusión entre empresas privadas y públicas de la que se vale RPC con el objeto de adoptar medidas desleales con fines predatorios; las manipulaciones de costos que incluyen el recurso al trabajo forzoso; y como consecuencia de todas estas prácticas anticompetitivas toleradas por la OMC y en particular por el SSD, el acaparamiento de tecnologías y bienes críticos a través de las cadenas de suministro y de valor.

3. Fundamentos de la posición norteamericana

Los reclamos de EUA no fueron novedosos. Así:

- a) Acerca de la falsa caracterización de la RPC como “país en desarrollo”: la objeción de la Embajadora Tai puesta de manifiesto en aquella reunión del G20 ya había sido sostenida en distintos foros por delegaciones del gobierno de EUA. Por ejemplo, en la Comunicación de los EUA ante el Consejo General de la OMC del 14 de febrero de 2019 (WT/GC/W/757/Rev.1) se lee: “(...) 4.1. (...) *La OMC, a diferencia de las Naciones Unidas, el FMI y el Banco Mundial, carece de un sistema de clasificación analítica del nivel de desarrollo (...) A falta de directrices formales, cualquier Miembro de la OMC puede “auto declararse” Miembro en desarrollo y, por consiguiente, hacer valer su derecho a beneficiarse del trato especial y diferenciado...*”⁶

Esta objeción podría sin embargo ser contrarrestada con otra, que también pone en evidencia la disparidad de criterios que en la historia del multilateralismo económico han venido beneficiando a los países de mayor desarrollo relativo, incluyendo a EUA. Al crearse el GATT, quedó establecido en favor de las partes contratantes fundadoras que la aplicación del principio de trato nacional (TN) iba a estar supeditada, según lo dispuesto en el Protocolo de Aplicación Provisional, a que las disciplinas incorporadas a la Parte II (incluyendo dicho TN) con respecto a los instrumentos de política comercial, se aplicaran sólo cuando fueran compatibles con la legislación vigente a la fecha de suscripción del GATT por las mismas partes contratantes fundadoras de dicho Acuerdo (“*grand father’s clause*”). Esta situación de privilegio, desde ya inconciliable con el principio de no discriminación, fue suprimida por el Anexo 1 A del Acuerdo de Marrakech que fundó la OMC.

- b) Con relación a la deliberada confusión entre empresas privadas y públicas para encubrir deslealtades comerciales: la Embajadora Tai sostuvo que tales maniobras equivalían, en términos de lealtad competitiva, a una inclinación del campo de juego en favor de RPC. La posición de EUA no había sido acogida en el SSD cuando cuestionó prácticas desleales de empresas públicas de RPC. Al respecto se destaca

⁶ WT/GC/W/757/Rev.1. La objeción de la Embajadora Tai fue expuesta en la citada reunión del G20: “(...) *Recognizing this diversity, we need a different approach to flexibilities. We cannot accept the idea that those Members that are economic and manufacturing powerhouses based on any reasonable criteria, should be able to claim flexibilities intended for less advantaged Members*”.

un informe del Órgano de Apelación del SSD adoptado el 16 de enero de 2015 en el caso: “ESTADOS UNIDOS: Medidas en materia de derechos compensatorios sobre determinados productos procedentes de China”. Al cabo de arduos debates no se convalidaron los derechos compensatorios aplicados por EUA contra importaciones originarias de China y presuntamente subvencionadas por haber sido adquiridos sus insumos en origen mediante condiciones ventajosas a empresas de propiedad estatal. El Órgano de Apelación determinó que correspondía tomar como referencia los precios que reflejaran las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro, más allá de las constataciones acerca de lo que debía ser considerado estrictamente como “gobierno” u “organismo público” en el marco del Acuerdo⁷.

A todo evento, la objeción norteamericana al aprovechamiento político de las operaciones comerciales de empresas cuyas matrices se encuentran en la RPC bien puede ser replicada recordando los casos que involucraron al gobierno estadounidense con la empresa BOEING y a la UNIÓN EUROPEA con la empresa AIRBUS y que dieron lugar a duras controversias en el SSD⁸.

- c) En lo relativo a la manipulación de costos: los argumentos expuestos reiteradamente por delegaciones de EUA en diversos foros apuntan una y otra vez a la deslealtad comercial asignada a las prácticas de dumping social, esto es, explotación laboral o trabajo forzoso⁹. Más allá del trato discriminatorio contra empresas asentadas en

⁷ Caso caratulado DS437.

⁸ Un caso memorable por su complejidad fue el planteado dentro del Sistema de Solución de Diferencias por la UNIÓN EUROPEA contra ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáutico en beneficio de la empresa Boeing y que parecían perjudicar a la empresa Airbus a través, entre otras cosas, de los efectos en la provisión de tecnología. El órgano de Apelaciones pudo constatar que la Administración Nacional de Aeronáutica Espacial (NASA), el Departamento de Defensa (USDOD) y la empresa Boeing, compartían los frutos de investigaciones efectuadas en común. A Boeing se le reconocía la titularidad de las invenciones y los derechos a la utilización de los datos para utilizarlos con fines comerciales, mientras USDOD obtenía una licencia exenta de regalías para aprovechar la tecnología únicamente “con fines gubernamentales” (véase ESTADOS UNIDOS. Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles -segunda reclamación- WT/DS353/AB/R).

⁹ Un ejemplo a considerar es el de la Ley de Prevención del Trabajo Forzoso ULIGUR (UFLPA), promulgada por el Presidente Biden en diciembre de 2021. Esta normativa prohíbe la importación de bienes producidos por entidades individualizadas en una Lista cuando se presume que los bienes han sido producidos con intervención de trabajo forzoso, en particular haciendo referencia a minorías étnicas perseguidas en RPC. El régimen citado invierte la carga de la prueba, pues las empresas

RPC bajo regímenes como el de la Ley de Prevención del Trabajo Forzoso ULIGUR, la intención del gobierno de EUA es la de propiciar una agenda global de altos estándares laborales. Así se desprende del documento difundido por la *U.S. Trade Representative Press Office*, fechado en San Francisco el 16 de noviembre de 2023: “*Presidential Memorandum on Advancing Worker Empowerment Rights and High Labor Standards Globally*”¹⁰.

- d) A propósito de las maniobras de acaparamiento tecnológico y de bienes críticos utilizando las cadenas de suministro y de valor: la funcionaria expresó claramente que los proveedores dominantes de dichos bienes y tecnologías generan cadenas concentradas de suministros y que operan como palancas para la coerción económica. Sobre este punto también pesan las frustraciones derivadas de litigios ventilados en el SSD contra RPC con respecto a las restricciones a las exportaciones de este último país a propósito de los minerales estratégicos (“tierras raras”) para la industria de dispositivos electrónicos. La relevancia de dicha disputa merece una referencia al laudo dictado en: “*CHINA-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*”. Fueron tres litigios paralelos desarrollados a instancia de EUA, la UE y Japón. El Órgano de Apelación se expidió el 7 de agosto de 2014¹¹. Pese al pronunciamiento favorable al reclamo contra RPC, no se ha logrado disipar el estado de amenaza latente.
- e) Acerca del reclamo sobre la preservación de amplios márgenes de maniobra exentos de la jurisdicción arbitral para las cuestiones vinculadas a la seguridad nacional las citas de la funcionaria norteamericana fueron escuetas, seguramente porque en esta materia la posición de su país, coincidente con la de otros países desarrollados, ya tuvo signos de favorable acogida en los últimos años.

extranjeras individualizadas deben realizar las debidas diligencias para conocer sus cadenas de suministros y producir así pruebas claras y convincentes que desvirtúen la presunción en su contra. A la fecha del 8 de diciembre de 2023 se elevaba a treinta el número de empresas con sede en RPC que integraban la Lista de referencia (véase: “*Forwarding from Department of Homeland Security: DHS Designates Three Additional PRC-Based Companies to the UFLPA Entity List*”, documento difundido por la Oficina Ejecutiva del Presidente el 8 de diciembre de 2023).

¹⁰ Véase al respecto: *U.S. Trade Representative Press Office, November 16, 2023*.

¹¹ Los casos fueron formalizados a través de los expedientes WT/DS 431 (a instancias de EUA); WT/DS432 (a instancias de la UE); y WT/DS433 (a instancias de Japón).

Aquí se presentan distintos antecedentes que marcan una peligrosísima tendencia hacia el reconocimiento de prácticas arbitrarias y discriminatorias. A saber:

- (i) Ante la necesidad de contar con productos esenciales. En principio pesan las interpretaciones extensivas de un dictamen de la Secretaría de la OMC que reputó legítimas las restricciones comerciales adoptadas con motivo de la pandemia del COVID-19 por Estados Miembros cuando adujeran una escasez temporaria y aguda de productos circunstancialmente calificados como “esenciales” (bajo el paraguas del GATT artículo XI.2 según el documento “técnico” titulado “*Export Prohibitions and Restrictions*”. Se adaptaron a este caso unas apreciaciones del Órgano de Apelación al expedirse en el emblemático litigio sobre las restricciones impuestas por el gobierno chino a sus exportaciones de “tierras raras”, cuando con motivo de la emergencia sanitaria la Secretaría presentó una interpretación laxa del artículo XI párrafo 2 inciso a) del GATT. El argumento de la Secretaría consistió en interpretar el artículo XI.2 a) como si se otorgara un margen de discrecionalidad a los Estados Miembros que en cambio se les niega cuando aplican el artículo XX b) del mismo GATT¹² .

En tal sentido, a diferencia de lo establecido en el artículo XI.2 a), la cláusula XX b) referida a las excepciones toleradas a los Estados Miembros con motivo de la protección de la vida y la salud de sus habitantes, presenta una limitación lapidaria fijada por el encabezamiento del mismo artículo XX. Dicho encabezamiento requiere para todos los casos ajustar las medidas excepcionales al principio de razonabilidad. En cambio –según el documento de la Secretaría de la OMC- el artículo XI.2 a) se refiere a medidas de aplicación

¹² Como todos los incisos del artículo XX han de leerse a partir del encabezamiento común a todos ellos, la redacción a tener en cuenta es la siguiente: “*A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que todo Estado Miembro adopte o aplique las medidas: (...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales*”.

temporaria en tanto tienden a resolver una necesidad pasajera (“*taken to bridge a passing need*”) y en este marco tales acciones no deberían justificarse con el mismo nivel de exigencia que el impuesto a los Estados Miembros cuando adoptan decisiones fundadas en el artículo XX b)¹³.

- (ii) Ante las denuncias de una “grave tensión internacional” para justificar la protección de intereses también calificados como “esenciales” con respecto a la seguridad nacional. Así lo estableció en abril de 2019 el Informe del Grupo Especial que resolvió en favor de Rusia una controversia planteada por Ucrania debido a la aplicación de restricciones al tránsito de mercancías¹⁴. Rusia había invocado el artículo XXI b) iii) del GATT sosteniendo su derecho a la adopción discrecional de medidas que consideró necesarias para la protección de sus intereses esenciales de seguridad. Esta fundamentación contó con el apoyo explícito de EUA en tanto tercero interesado. El Grupo Especial reconoció la existencia de una tensión internacional y luego, atendiendo a la causal invocada por Rusia, convalidó las medidas sin examinar su pertinencia ni posibles alternativas razonables y disponibles¹⁵. Así quedó fijado un nuevo e inquietante criterio en la OMC: frente a determinadas causales se reduce la intervención arbitral excluyendo de su competencia el referido examen de pertinencia. La pretensión de Rusia había sido aún más ambiciosa: asignarle al Grupo Especial sólo la competencia para certificar las medidas adoptadas. Y sobre esta postura coincidió la posición de Estados Unidos como tercero interesado al sostener que el Grupo Especial “*no está facultado para examinar la invocación del artículo XXI ni para formular constataciones sobre las*

¹³ WTO: “*Export Prohibitions and Restrictions*”, *Information Note*, 23 April 2020.

¹⁴ El litigio *RUSIA-Medidas que afectan el tráfico en tránsito* fue tramitado y resuelto mediante la adopción del informe final del Grupo Especial por parte del Órgano de Solución de Diferencias el 26 de abril de 2019.

¹⁵ Este criterio, establecido con el objeto de valorar las pruebas en controversias planteadas dentro del Sistema de Solución de Diferencias (SSD), consiste en la obligación de justificar que la medida puesta en vigor por un Estado Miembro y que es impugnada, debió ser adoptada por no disponerse de mejores alternativas, esto es, otras medidas menos incompatibles con la OMC o menos restrictivas del comercio y que hubieran estado razonablemente al alcance de dicho Estado Miembro.

alegaciones planteadas”. El pronunciamiento del panel en RUSIA-Tráfico en tránsito inspiró un pronunciamiento similar en el caso ARABIA SAUDITA-DPI: Informe del Grupo Especial “ARABIA SAUDITA-Medidas relativas a la protección de los derechos de propiedad intelectual” distribuido el 16 de junio de 2020¹⁶. En este último caso fueron utilizados por los árbitros algunos argumentos similares a los que guiaron el pronunciamiento de “RUSIA-Tráfico en tránsito” habida cuenta que el artículo 73 b) (iii) del Acuerdo sobre los ADPIC reproduce al artículo XXI b) (iii) del GATT.

- (iii) Ante una invocación a la defensa de la seguridad nacional aludiendo al artículo XXI del GATT (y sin necesidad de individualizar los párrafos e incisos aplicables), al amparo de la legislación interna que autoriza la adopción de restricciones discriminatorias para determinadas importaciones.

Los pronunciamientos arbitrales viraron hacia una posición de condescendencia para EUA sobre la base de la convalidación de su normativa interna, restrictiva y discriminatoria, cristalizada bajo el artículo 232 de la Ley de Expansión del Comercio Exterior de 1962.

Esta línea jurisprudencial, que rompe con la lógica argumental instalada durante largos años en el SSD, llamó la atención de los analistas en el año 2023 cuando fue aplicada contra determinadas exportaciones de Turquía a EUA, cuestionadas por motivos de seguridad nacional. Pero los fundamentos del caso ya habían sido dados en otro anterior, durante el mismo año, precisamente contra la RPC.

Por añadidura, los fallos dictados por distintos Grupos Especiales no pudieron ser objeto de revisión precisamente porque el Órgano de Apelación, competente para pronunciarse sobre cuestiones de derecho, ya se encontraba bloqueado por la reticencia de EUA para la designación de nuevos integrantes.

¹⁶ WT/DS567/R

En el litigio entre EUA y Turquía, los árbitros se remitieron al procedimiento administrativo interno que desembocó en la aplicación de las medidas restrictivas y dieron por satisfecho el criterio de pertinencia o razonabilidad con el mero cumplimiento de la obligación de informar a la OMC sobre aquellas aplicadas. Así, ante el cuestionamiento de EUA a las retaliaciones de Turquía frente a las restricciones estadounidenses a la importación de bienes compuestos de acero y aluminio y resuelto el 19 de diciembre de 2023¹⁷, el Grupo Especial no sometió a la instancia probatoria (como hubiera correspondido atendiendo al criterio de razonabilidad) la pretensión de EUA según la cual las importaciones de productos de aluminio y acero, bajo eventuales condiciones de deslealtad comercial de los países exportadores, podían ser legítimamente asociadas a un problema de seguridad nacional. Considerando las disparidades estructurales entre uno y otro país, siguiendo la misma tesitura cualquier Estado Miembro podría, esgrimiendo una disposición interna, justificar las restricciones discriminatorias a bienes o servicios de casi cualquier tipo, habida cuenta de su función dual (comercial y militar).

El pronunciamiento del Grupo Especial en el mencionado caso TURQUÍA parece un calco del adoptado por otro Grupo Especial en septiembre de 2023 en “CHINA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos”¹⁸. La línea argumental empieza por ignorar el criterio de razonabilidad o consistencia establecido por la jurisprudencia, de tal modo que los árbitros consideraron: (i) para calificar el fundamento jurídico de las medidas adoptadas por Estados Unidos no correspondía indagar sobre su coherencia interna, tal como pretendía RPC¹⁹, sino que ese fundamento jurídico quedaba perfeccionado recurriendo al artículo 232 de la propia Ley de Expansión del

¹⁷ “TURQUÍA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos” (WT/DS561/R fechado el 19 de diciembre de 2023). Este caso tiene como antecedente un pronunciamiento similar dado en “ESTADOS UNIDOS-Productos de acero y aluminio (Turquía)” (WT/DS564/R) distribuido a los Miembros el 9 de diciembre de 2022 y apelado el 26 de enero de 2023.

¹⁸ Documento de la OMC DS558/R.

¹⁹ “CHINA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos” citado, párrafo 7.102. Se rechazó sistemáticamente la posición de China que imputaba a Estados Unidos la aplicación irregular de salvaguardias, justificando así sus medidas compensatorias. En tal sentido, véanse los párrafos 7.43 y 7.48.

Comercio Exterior de 1962 titulado “Salvaguardar la seguridad nacional”²⁰; y (ii) la evaluación o ponderación de las medidas restrictivas adoptadas por Estados Unidos en el marco de dicho artículo, con respecto a su necesidad y proporcionalidad frente al objetivo invocado de su seguridad nacional, tampoco debía ser materia de análisis por los árbitros sino que estaban acreditados por el mero cumplimiento del trámite interno previsto en dicha Ley²¹. Así se dio como consumado el respaldo multilateral en atención a una información al Consejo de Comercio de Mercancías suministrada por Estados Unidos previamente a la adopción de las medidas de restricción.²²

Conviene destacarlo: los fallos mencionados de Grupos Especiales que favorecieron a EUA en sus litigios contra RPC y Turquía son escandalosos porque sobrevuelan el artículo XXI del GATT 1994 sin expedirse sobre la pertinencia de aplicar un párrafo u otro, a la vez que reniegan del criterio de razonabilidad al remitirse a las justificaciones dadas en el curso del procedimiento administrativo interno del gobierno de EUA que derivó en la adopción de restricciones. De esta forma, siguiendo la misma tesitura, un Estado Miembro podría, esgrimiendo sus propias disposiciones internas, justificar restricciones comerciales discriminatorias sobre operaciones de bienes o servicios de casi cualquier tipo, habida cuenta de su función dual (comercial y militar). Al estar transitoriamente obturado el acceso al Órgano de Apelación, a EUA se le facilitó un reconocimiento de legitimidad a disposiciones internas restrictivas, instaurando así el reconocimiento a la aplicación extraterritorial de la ley interna²³.

²⁰ “CHINA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos” citado, párrafo 7.104.

²¹ “CHINA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos” citado, párrafos 7.104 a 7.106 y 7.111.

²² “CHINA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos” citado, párrafo 7.112.

²³ El artículo -o comúnmente llamada “Sección”- 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962 había autorizado al Presidente a limitar el ingreso de bienes que pudieran afectar la seguridad nacional del país. Esta última invocación a la seguridad nacional resultó altamente significativa porque, en lugar de aludir a prácticas desleales que justificaran la aplicación de medidas antidumping o derechos compensatorios de algún modo sustentados bajo el paraguas del GATT, supuso que la legitimidad de las represalias abrevaba en una causa que carecía de sustento en el orden multilateral

4. Interpretación extensiva sobre los márgenes de maniobra frente a las tecnologías de uso dual

establecido. Pero pese a ser infundada, esta previsión no quedó en letra muerta. Por el contrario, desde entonces se concretaron alrededor de treinta investigaciones, la última de las cuales tuvo lugar en el año 2001 a propósito de importaciones de productos de acero. Dicho material para la época todavía podía ser considerado sensible desde el punto de vista de la industria de armamentos y así explicar el sentido de la precaución comercial en mérito a la “seguridad nacional”. De todos modos, los dictámenes administrativos en general fueron negativos, desaconsejando la restricción de importaciones de los productos que fueron examinados una y otra vez. Sin embargo, en enero de 2018 reapareció la Sección 232 cuando el Departamento de Comercio elevó al Presidente dos nuevos dictámenes sobre importaciones de aluminio y acero. Ahora ya sin asidero en la industria de armamento, la “seguridad nacional” pasó a ser un concepto netamente económico, dirigido a la protección de la industria radicada en territorio estadounidense que produce y utiliza dichos materiales e insumos. Finalmente, durante el mes de abril de 2018 se adoptaron gravámenes arancelarios adicionales a productos del acero y del aluminio de manera explícitamente discriminatoria con respecto al origen de las mercaderías y sobre la base de facultades asignadas al Presidente por aquella Ley de Expansión del Comercio Exterior de 1962. Pero no sólo eso: EUA liberó del gravamen a determinados países que se avinieron a limitar sus exportaciones y de tal modo fue también reflatada la reciprocidad condicional. La RPC respondió el 5 de abril de 2018 solicitando al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC la apertura de una instancia de consultas bilaterales. Al presentar los fundamentos de su reclamo, el documento de la delegación china mencionó la posible vulneración del GATT pero también del Acuerdo sobre Salvaguardias. Al citar a este último señaló, como al pasar, que se lo invocaba “*porque con respecto a las medidas en litigio que constituyen en esencia medidas de salvaguardia*” EUA no habría dado las explicaciones previstas ni cumplido los requisitos apropiados. Esta referencia de la RPC no fue inocente. En efecto, en la OMC las salvaguardias comerciales se distinguen de las medidas contra la deslealtad comercial (derechos antidumping y compensatorios) porque las salvaguardias constituyen auto-inculpaciones, esto es, aducir una dificultad coyuntural para competir, propia del Estado importador que la invoca y que, a fin de recomponer la capacidad competitiva, requiere un ajuste que la comunidad económica internacional acepta pero bajo determinados requisitos. En paralelo, Estados Unidos había recurrido a las salvaguardias para impedir las importaciones de determinados productos fotovoltaicos de silicio cristalino. Y al pronunciarse sobre el litigio promovido por RPC (“ESTADOS UNIDOS-Medida de salvaguardia sobre las importaciones de productos fotovoltaicos de silicio cristalino” WT/DS562/R, circulado el 2 de septiembre de 2021), el Grupo Especial interviniente también se apartó del principio de consistencia o razonabilidad al remitirse al dictamen del gobierno estadounidense sobre el carácter imprevisto de las circunstancias asociadas al incremento de las importaciones chinas cuestionadas. En tal sentido, véase: Weihuan Zhou and Mandy Meng Fang: “Unforseen Developments Before and After US-Safeguard Measure on PV Products: High Standard or New Standard?” World Trade Review, vol. 22 Issue 5, December 2023, p. 541-561.

Los pronunciamientos arbitrales dados en los casos planteados por EUA frente a RPC y a Turquía, dan por sentada la posibilidad de aplicar genéricamente las cláusulas sobre seguridad nacional previstas por el artículo XXI del GATT y el artículo 73 de ADPIC.

Las especulaciones acerca del riesgo de extender la interpretación que se había dado en los casos RUSIA-Tráfico en tránsito (...) y ARABIA SAUDITA-Medidas relativas (...) ya perdieron entidad. Al aceptar la mera invocación del artículo XXI del GATT, sin alusión a párrafo e inciso alguno, todas las hipótesis previstas quedan ahora cubiertas. De manera que se actualizan los riesgos inherentes a un efecto dominó por la posible multiplicación de medidas y prácticas restrictivas no punibles bajo el argumento, no sólo de “grave tensión internacional”, sino de situaciones menos acuciantes pero también con efectos disruptivos sobre la economía global. Se trata de otras hipótesis contempladas por el GATT XXI, en especial la señalada por el párrafo b) inciso ii) con respecto al comercio de artículos y material susceptible de ser destinado a la defensa. Aquí habría que prestar atención al desarrollo de numerosas tecnologías poli-funcionales y de uso dual comercial-militar.

Así, ya se abrió una caja de pandora. En efecto, la protección de los *intereses esenciales de seguridad* puede dar lugar también a la aplicación de medidas no susceptibles de impugnación cuando:

- (a) Un Estado Miembro impida el suministro de informaciones cuya divulgación fuera a “juicio” del mismo Estado “*contraria a los intereses esenciales de su seguridad*” (artículo XXI párrafo a); o bien cuando
- (b) Un Estado Miembro adopte medidas “*que estime necesarias para la protección de intereses esenciales de su seguridad relativas a (...) el tráfico de armas, municiones y material de guerra “y a todo comercio de otros artículos y material destinado directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas”* (artículo XXI párrafo b) inciso ii)).

Al extenderse a estas últimas hipótesis las medidas restrictivas de carácter unilateral terminan afectando seriamente ya no a determinados segmentos del comercio internacional sino a muy diversos y numerosos procesos productivos. Esta inquietante posibilidad ahora tiene el respaldo del SSD, según se indicó más arriba, al menos en un caso caracterizado

por el asentimiento de los árbitros ante la invocación del artículo XXI del GATT, sin exigir mayores precisiones con respecto a los párrafos e incisos del mismo²⁴.

Para entender la magnitud de esta fuente de incertidumbre, habría que atender a los entretelones de la mundialización de los mercados. En este sentido resalta la versatilidad que van adquiriendo diversas materias primas, insumos o procesos, de modo que desde determinadas materias primas o insumos o mediante los mismos procesos productivos se van ramificando las cadenas globales de valor que deberían ser ilustradas ya no como secuencias lineales sino como una urdimbre cada vez más densa. Dentro de estas ramificaciones lucen las tecnologías con múltiples aplicaciones o poli-funcionales y de uso dual comercial-militar.

5. Las claves del debate sobre el futuro régimen arbitral en la OMC

Considerando los antecedentes indicados más arriba, la pretensión norteamericana con respecto al SSD es la de reducir a su mínima expresión la fase contenciosa y con especial referencia al órgano de apelación con competencia para entender en cuestiones de derecho. La Secretaria de Comercio de EUA lo expresó claramente: “(...) *We should make practical and appropriate alternatives to litigation –like good offices, conciliation, and mediation –real options for the entire WTO membership (...) We should ensure that dispute panels address only what is necessary to resolve the disputes and resist the urge to pontificate. And any corrections to reports or decisions must be limited to addressing egregious mistakes*”²⁵.

Tampoco es ésta una posición novedosa de la diplomacia estadounidense. Parecidos cuestionamientos habían sido dados por el Jefe de la delegación de EUA durante la XI Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Buenos Aires en diciembre de 2017. El representante comercial de EUA que disertó en la reunión plenaria de la Conferencia Ministerial de Buenos Aires dejó flotando entonces una impresión que intentó sintetizar señalando que la OMC se estaría tornando en una “organización centrada en litigios”.

²⁴ “TURQUÍA-Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos”, Informe del Grupo Especial numerales 7.76 y 7.78 (WT7DS561/R).

²⁵ “Remarks by Ambassador Katherine Taion the World Trade Organization and the Multilateral Trade System” citado.

Habría que recordar aquí que EUA ya tiene activa participación en la disrupción institucional que aqueja al Órgano de Apelación, a partir del bloqueo del gobierno del Presidente D. Trump para la elección de nuevos integrantes en un número suficiente como para garantizar su funcionamiento. Debido a dicha acefalía, en abril de 2023 se estimaba que al menos veinte controversias sustanciadas en el SSD se encontraban sin posibilidades de apelación, esto es, en un limbo²⁶.

Frente a estos argumentos contestatarios y prácticas extorsivas del gobierno de EUA, debería reconocerse que el sistema contencioso instaurado en el GATT y luego reforzado en la OMC se justifica por los propios objetivos del orden multilateral. Y por distintos motivos los países desarrollados han sido los más beneficiados. Curiosamente así lo reconoció la propia Secretaria de Comercio de EUA, al exponer en el Grupo de Trabajo sobre la Reforma al SSD en el curso de la XIII Conferencia Ministerial: “(...) *the reality is that all WTO Members have trade tensions –this is just the world we live in. But, historically, only a small subset of us have availed ourselves of the tools that were created for all of us*”²⁷.

Al respecto conviene advertir que el GATT 1947 y en especial la OMC desde 1995 instalaron un sistema de interdependencia comercial y económica global con un respaldo regulatorio y arbitral que debía desalentar las maniobras distorsivas y promover la participación de los Estados Miembros en condición de terceros, esto es, aun cuando directamente no estuvieran involucrados o afectados por las tratativas o prácticas que fuesen impugnadas. En esta sintonía, la clave del multilateralismo obliga no sólo a extender concesiones, beneficios y facilidades a todos los Estados Miembros, sino que extiende también a todos los Estados Miembros la protección contra medidas y prácticas unilaterales discriminatorias, predatorias o restrictivas que distorsionan el comercio.

²⁶ Véase el trabajo de Uri Dadush and Enzo Domínguez Prost: “*Preferential Trade Agreements, Geopolitics, and the Fragmentation of World Trade*”, published online by Cambridge University Press, April 14, 2023). Para una recapitulación sobre los antecedentes de la política estadounidense orientada al bloqueo del Órgano de Apelación, véase el documento de Nicolás Palau y Gustavo Guarín: “La crisis del Órgano de Apelación: no hay remedio”, en Revista de Derecho Económico Internacional (www.ista.mincit.gov.co) editada el 29 de diciembre de 2020.

²⁷ “*Remarks by Ambassador Katherine Tai at the Working Session on Dispute Settlement Reform at the Thirteenth Ministerial of the World Trade Organization*”, USTR Press Office, for immediate release, March 8, 2024.

La importancia de contar con un marco contencioso se hace notoria en la actualidad contrastando a la OMC con los Acuerdos agrupados por la CEPAL bajo la denominación AMUMA (que regulan la protección de la capa de ozono; la neutralización de la emisión de gases de efecto invernadero; y el resguardo de la biodiversidad)²⁸. Estos últimos prescinden de las esferas arbitrales y supeditan el cumplimiento de sus prescripciones a la decisión unilateral de los países importadores que de ese modo han instalado la aplicación extraterritorial de la ley interna en perjuicio especialmente de países en desarrollo con dificultades para cumplir los estándares ambientales requeridos. Se ha generado así un margen de acción indeterminado reconocido a los Estados signatarios de los AMUMA, conformando una especie de multilateralismo paralelo a la OMC o multilateralismo “no comercial” que reconoce a los países importadores, en virtud de un criterio de “subsidiariedad”, como intérpretes officiosos de bienes públicos globales considerados en situación de riesgo. Por ejemplo, últimamente circula el aforismo “quien contamina paga” utilizado en la Unión Europea para justificar la pretensión de aplicar gravámenes de “ajuste en frontera por presencia de carbono”²⁹.

¿Acaso se está preparando el escenario para que el acatamiento a las disciplinas multilaterales establecidas hasta ahora por la OMC se ajusten a un régimen de subsidiariedad semejante al que procuran consolidar los países desarrollados para las regulaciones sobre la protección del medio ambiente y la biodiversidad?

6. La función componedora del sistema contencioso y su evolución histórica

Para develar el sentido del SSD, cabe recordar que la creación de la misma OMC, como resultado de la Ronda Uruguay del GATT, tuvo por objeto fortalecer el nivel de compromiso

²⁸ La expresión “Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente” (AMUMA) fue utilizada en la Declaración de Doha, párrafo 31. Véase el documento de la OMC: “Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente: Aplicación del Programa de Doha para el Desarrollo”, Sesión Extraordinaria del Comité de Comercio y Medio Ambiente, TN/TE/W/1 fechado el 21 de marzo de 2002.

²⁹ La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono, fechada en Bruselas el 14 de julio de 2021, señala en su Exposición de Motivos que dicho Mecanismo “...será un elemento fundamental del conjunto de herramientas de que dispone la Unión para cumplir el objetivo de neutralidad climática de la UE de aquí a 2050, de acuerdo con el Acuerdo de París, ya que aborda los riesgos de fuga de carbono derivados de la mayor ambición climática de la Unión (...)” y en esa línea permitirá “(...) aplicar mejor el principio de “quien contamina paga” y poner fin así a la era de la “contaminación gratuita”, con vistas a maximizar las sinergias entre la des-carbonización y el objetivo de contaminación cero”.

en la esfera multilateral luego de haber sido severamente afectado por prácticas de reciprocidad condicional que conformaron lo que se conoció como “comercio administrado”.³⁰ Esta mayor ambición fue la que guió a los negociadores de la Ronda Uruguay para reforzar la función del SSD.

Así, el SSD de la OMC, a diferencia del que había regido en el GATT, asegura al Estado Miembro reclamante la formación de un grupo especial (cuerpo arbitral) para obtener un pronunciamiento (“recomendación”), lo que implica: (i) pasar de un régimen de consenso “positivo” a uno “negativo” en el sentido que en la OMC se requiere el consenso de los Estados Miembros ya no para convalidar sino para impedir que el procedimiento avance; (ii) contempla una segunda instancia de apelación pero circunscrita a la revisión de las cuestiones de derecho; (iii) fija un régimen para la autorización de contramedidas, represalias o retaliaciones cuando un Estado Miembro no acata el pronunciamiento en su contra; y (iv) unifica bajo un mismo procedimiento las previsiones que estaban reguladas por distintos códigos negociados en las Rondas anteriores a la Ronda Uruguay que dio lugar a la OMC. Todas estas nuevas prescripciones surgen del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) aprobado junto al Acuerdo de Marrakech.

Al desplegar su tesitura, la posición norteamericana pasa por alto que dentro del SSD la instancia contenciosa sigue siendo el eslabón final de un pormenorizado procedimiento que persigue la resolución de las controversias a través de la negociación entre los Estados Miembros involucrados. Por lo demás, la misma instancia contenciosa fue diseñada como

³⁰ Tanto antes de la Ronda Tokio (celebrada entre 1973 y 1979) como después de concluida, EUA y la UE aplicaron medidas de política comercial basadas en la reciprocidad condicional o “comercio administrado” que incluían la previsión de represalias. En EUA se destacó la “*US Trade Act Section 301*” de 1974 -justificada por la carencia en ese tiempo de disciplinas multilaterales que resguardaran la propiedad intelectual- con motivo de operaciones de comercio e inversiones internacionales. Más tarde, durante la década del ochenta, EUA suscribió acuerdos bilaterales destinados a regular las corrientes de importación y exportación para culminar en 1988 con un mecanismo de retaliaciones cruzadas a través de la “*US Trade Act Section Super 301*”. Asimismo, bajo la invocación de la seguridad nacional EUA adoptó distintas medidas restrictivas como la Ley de Producción de Defensa sancionada durante el gobierno de Truman con motivo de la guerra de Corea y de la que hizo uso durante la pandemia del COVID 19 y luego en el curso de la “guerra comercial” con RPC. Bajo la misma invocación se reflató a partir de 2018 la Sección 232 de la “*Trade Expansion Act*” (Ley de Expansión del Comercio Exterior) de 1962, aplicando discriminatoriamente gravámenes especiales a la importación de derivados del acero y aluminio, siguiendo así la misma modalidad de reciprocidad condicional.

mecanismo destinado a ejercer presión, pero de manera progresiva y no traumática sobre el Estado Miembro que pueda resultar afectado por un pronunciamiento desfavorable, a la luz del desarrollo de cada litigio. Esto significa que el contenido de los fallos se va preanunciando antes de ser formalizado. Habida cuenta del entrelazamiento de intereses en juego con motivo de cualquier controversia, dicha progresiva coerción adquiere un peso significativo por la expectativa que despiertan los posibles pronunciamientos de los árbitros en terceros Estados Miembros. Así, esta coerción progresiva denota “disuasión” y de ese modo contribuye a preservar una mínima urdimbre comunitaria.

En todo caso, es sabido que el régimen multilateral de la OMC no es “supranacional” dado que carece de poder de policía (*enforcement*). La eficacia de los pronunciamientos arbitrales depende del acatamiento de los Estados Miembros y, en este aspecto, el régimen de retaliaciones previsto por el Entendimiento que regula al SSD ha demostrado su fragilidad. En un caso muy conocido (“ESTADOS UNIDOS-Subvenciones algodón americano (*upland*)”), ante el incumplimiento del laudo por el país de mayor desarrollo relativo (EUA) que su contraparte (Brasil), éste último advirtió que al recurrir a las retaliaciones, debido a los términos de la dependencia comercial preexistente, su economía resultaba más perjudicada que la del Estado Miembro infractor³¹.

El área de intervención de los árbitros también está limitada, en el SSD, por las características de la normativa que dista de seguir un criterio de “eficiencia mundial” o pretendida racionalidad económica global. En tal sentido, distintas disciplinas tales como las referidas a la lealtad comercial y las salvaguardias ponen de relieve un carácter transaccional al reconocer márgenes de maniobra nada despreciables para el ejercicio de políticas comerciales y económicas nacionales. Por ejemplo, así se explica que sea “ilícito” el dumping al configurarse una relación entre el precio interno y el precio de exportación de un bien, cuando desde un criterio de “eficiencia mundial” el abaratamiento de las exportaciones no debería ser sancionado sino alentado; con respecto a las subvenciones, no toda erogación de recursos públicos para la producción de bienes justifica la adopción de contramedidas por el Estado Miembro que importa esos bienes o sus derivados; y acerca de las salvaguardias, se admiten restricciones a la importación por dificultades de

³¹ El Informe del Órgano de Apelación, transcripto en WT/DS267/AB/R fue adoptado el 21 de marzo de 2005.

competitividad imputables al propio Estado Miembro que las aplica con respecto a bienes similares o sustitutivos de los importados.

7. Derivaciones de un eventual desmantelamiento del SSD para los Estados Miembros en desarrollo

Analizando el tono de las quejas y propuestas estadounidenses frente al desempeño efectivamente demostrado por el SSD en el curso de una extensa trayectoria, cabe la interrogación acerca del eventual impacto que produciría la desarticulación del procedimiento contencioso desde el punto de vista de la condición de los países en desarrollo en la economía y comercio internacional de nuestro tiempo.

Para empezar, la jurisprudencia forjada por el SSD es un acervo a partir del cual los Estados intentan dirimir las controversias económicas y comerciales teniendo como referencia el principio de no-discriminación. Más allá de sus desnaturalizaciones, representa la pretensión de instaurar la igualdad ante la ley en las relaciones económicas internacionales. De tal modo contribuye a la preservación de reglas de juego que involucran, en cada pronunciamiento arbitral, a todos los Estados Miembros e, indirectamente, a los demás actores –en especial, a las corporaciones transnacionales- minimizando o acotando así el daño producido por las medidas y prácticas impugnadas en cada caso.

Precisamente con motivo de la entrevista concedida por la Embajadora Tai a la publicación “Político” bajo el título “*Tai targets China climate in call to reform WTO*” (Gavin Bade, september 22, 2023), en el comentario de dicha publicación que reproduce la misma Oficina Ejecutiva del Presidente se hace alusión a la inconfesada finalidad de convertir a la OMC en una estructura “disfuncional”:

“Many trading partners remain unconvinced of U.S. intentions. Since blocking new judges for the WTO’s Appellate Body, the U.S. has refused to participate in an alternative dispute settlement process set up by European partners and others. At the same time, the Biden administration has passed industrial subsidies for clean energy –the core of its Inflation Reduction Act-that critics say violate WTO rules against state support for domestic industries. Those actions have led some trading partners to conclude that the U.S. is best served by a dysfunctional WTO, despite reform theoretic from the Biden administration. It’s a charge that Tai bristled at during the interview”.

Si prosperasen iniciativas que, como la de EUA, procuran menoscabar las competencias asignadas al SSD (“...*the U.S. is best served by a dysfunctional WTO*...”), habría que considerar las implicaciones del nuevo cuadro de situación para los países en desarrollo.

Atendiendo a esta última cuestión, los efectos adversos del desmantelamiento del SSD se sumarían a los producidos por la “guerra comercial” entre EUA y RPC sobre las corrientes comerciales y la re-localización de inversiones. Si, como parece advertirse, dicha confrontación aumenta las condicionalidades impuestas a las economías periféricas, entonces recobra mayor importancia para los países en desarrollo la preservación del único ámbito multilateral para dirimir las disputas comerciales y económicas, esto es, el SSD.

En tal sentido, la OMC y, en especial el SSD, todavía puede ser un recurso de utilidad para los países en desarrollo urgidos por este proceso de fragmentación geopolítica, tanto en ausencia como en presencia de Tratados de Libre Comercio (TLC) celebrados frente a países de mayor desarrollo relativo. Ello es evidente porque se cuenta con la posibilidad de acceder a las instancias del SSD incluso como “tercero interesado” a fin de abordar eventuales divergencias entre distintos Estados Miembros.

Por otro lado, la OMC y en especial el SSD ofrecen un amparo adicional a los países en desarrollo signatarios de TLC. Este respaldo cubre varios aspectos. En principio la normativa multilateral es objeto de abundantes remisiones temáticas expresamente contempladas por las cláusulas de los mismos Tratados (medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al comercio; lealtad comercial; salvaguardias; valoración aduanera...). Asimismo, los TLC suelen prever la opción de foro, que supone la posibilidad de recurrir al SSD para zanjar disputas ocasionadas por la aplicación del propio TLC y de ese modo someterse a las disciplinas multilaterales. En otros términos, la opción de foro da lugar no sólo a la sustitución de la competencia arbitral sino también a la de la ley aplicable, incluyendo entonces la posibilidad de intervención en los litigios de otros Estados Miembros de la OMC aunque no fuesen Partes en el TLC involucrado en la controversia.

8. Resumen y conclusiones

En la antesala de la Conferencia Ministerial de la OMC programada para el mes de febrero de 2024, se advirtieron signos de una embestida para la convalidación –por acción u omisión- de medidas y prácticas altamente discrecionales bajo las cuales los Estados

Miembros de la OMC con mayor peso económico y político vienen aplicando políticas unilaterales predatorias, restrictivas y discriminatorias.

Al cabo de dicha Conferencia pudo constatar que ese presumible objetivo no pudo ser cumplido y que la reforma del SSD quedó pendiente. Dentro de la discreción diplomática que cubre las tratativas, resaltaron dos aspectos de la negociación destacados por la exposición de la Secretaria de Comercio de EUA en el Grupo de Trabajo:

- a) La búsqueda de una sistematización de posiciones que suele preceder a la adopción de nuevas disciplinas. Sobre este aspecto dijo la Embajadora Tai: *“The facilitator organized discussions on these interests around 12 groups of interests. The collective and collaborative work resulted in draft text totaling 50 pages of potential reforms that would advance shared interests. It is important to give ourselves credit when credit is due. In just a year, we have made amazing progress. We have made more progress in one year than was made in nearly 20 years of the sometimes painful Dispute Settlement Understanding (DSU) review process”*.³²
- b) Una actitud auspiciosa de las delegaciones para tratar una cuestión cuya relevancia pasó hasta ahora desapercibida en el mundo en desarrollo. Lo reconoció la disertante: *“The interest-based approach to discussions reflects a maturation of negotiation dynamics in Geneva. It is serving us well and will continue to do so. My officials tell me that the dispute settlement reform conversation is the only one where delegates come and actually talk to each other, instead of talking at each other. I want to appreciate how phenomenal this is”*³³.

Abierto el debate, se multiplican los desafíos para llegar a un resultado constructivo. En la misma medida se presentan las alertas, habida cuenta de las dificultades actuales para reconstituir el ámbito de racionalidad global de la cual se presumía en los Acuerdos de Bretton Woods de los que surgió el GATT y en la Ronda Uruguay cuando fue pergeñada la OMC.

³² *“Remarks by Ambassador Katherine Tai at the Working Session on Dispute Settlement Reform at the Thirteenth Ministerial of the World Trade Organization”* citado.

³³ *“Remarks by Ambassador Katherine Tai at the Working Session on Dispute Settlement Reform at the Thirteenth Ministerial of the World Trade Organization”* citado.

Sin embargo, no cabe augurar un desmoronamiento total del sistema multilateral sostenido por la OMC, en especial debido a que los Estados Miembros que protagonizan la principal fractura geopolítica con sus resonancias económicas y comerciales, esto es, EUA y RPC enfrascados en una “guerra comercial” no apuntan a la destrucción de los mercados sino que por el contrario procuran acapararlos y en consecuencia les resulta indispensable contar con amplios márgenes de discrecionalidad pero también disponer de una última instancia multilateral donde ventilar sus controversias.

En todo caso tampoco deberían minimizarse las disertaciones ofrecidas durante el último tiempo por la Secretaría de Comercio de EUA propugnando la revisión de disciplinas multilaterales y en especial el SSD de la OMC. En este sentido resalta un enérgico cuestionamiento al SSD tal como ha funcionado hasta el presente atribuyendo a los arbitrajes la tergiversación de disciplinas preestablecidas y planteando la necesidad de repensar el régimen arbitral en su totalidad.

La funcionaria norteamericana ha puesto de relieve distintas objeciones con respecto a prácticas desleales de la RPC que no han podido ser contrarrestadas en la órbita multilateral desde su propia normativa: la falsa caracterización auto-asignada por la RPC como “país en desarrollo”; la deliberada confusión entre empresas privadas y públicas de la que se vale la RPC para intervenir en los mercados con fines predatorios y últimamente también para reforzar sus estrategias de defensa; las manipulaciones de costos que incluyen el recurso al trabajo forzoso; y como consecuencia de distintas prácticas anticompetitivas el acaparamiento de tecnologías y bienes críticos a través de las cadenas de suministro y de valor.

Al cabo de las argumentaciones indicadas y teniendo como antecedentes diversos pronunciamientos arbitrales y manifestaciones diplomáticas, la pretensión norteamericana concluye reclamando la reducción del régimen contencioso del SSD a una mínima expresión y con especial referencia a la necesidad de limitar las competencias del Órgano de Apelación que resuelve como última instancia en cuestiones de derecho. Dichas pretensiones no incluyen la presentación de propuestas para revisar la normativa multilateral vigente y en esta encrucijada difícilmente pueda esperarse una solución consistente. Por lo demás, la requisitoria se ve reforzada por el bloqueo que desde el

gobierno del Presidente Trump impide la designación de árbitros para cubrir cargos vacantes del citado Órgano de Apelación obstaculizando así su funcionamiento.

Frente a tantas objeciones y reticencias habría que reconocer la utilidad prestada por el régimen arbitral multilateral del SSD en un escenario mundial signado por la proliferación de maniobras unilaterales que atizan la disputa cada vez más frenética por la preservación y conquista de mercados.

La importancia de contar con un marco contencioso se hace notoria en la actualidad contrastando a la OMC con el multilateralismo “no-comercial”, esto es, los acuerdos internacionales celebrados con el objeto de proteger el medio ambiente y la biodiversidad. Estos instrumentos, agrupados bajo la calificación de “Acuerdos AMUMA”, supeditan el cumplimiento de sus prescripciones a la decisión unilateral de los países desarrollados que, como importadores de bienes, se han erigido en garantes del cuidado de bienes públicos globales instalando una modalidad de aplicación extraterritorial de la ley interna en perjuicio especialmente de países en desarrollo con dificultades para cumplir los estándares ambientales requeridos.

En cambio, el SSD de la OMC y en especial su instancia contenciosa, tiene una función componedora y disuasiva que se ha ido forjando como práctica de racionalidad encauzando las más variadas controversias económicas y comerciales. Por esta característica los procedimientos cuidadosamente regulados por el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC han demostrado su adecuación a un complejo régimen multilateral transaccional y no supranacional y que, lejos de responder a algún criterio de “eficiencia mundial” reconoce márgenes de maniobra significativos para el ejercicio de políticas nacionales.

Los países en desarrollo serían los Estados Miembros más afectados si se diluyera la funcionalidad de la OMC y en particular del SSD. Más allá de sus desvíos, este ordenamiento institucional responde al precepto de igualdad ante la ley en las relaciones económicas internacionales. Al respecto, la vulnerabilidad de un país en desarrollo muchas veces se relaciona con su condición de aislamiento cuando afronta controversias con países de mayor desarrollo relativo. Por ello, la mera posibilidad de intervenir como Estado Miembro interesado en litigios entre otros Estados Miembros, así como la intervención de otros Estados Miembros interesados en controversias en las que un país en desarrollo

actúe como demandante o demandado, significa para este último reducir esa consabida vulnerabilidad.

Por otro lado, el ordenamiento y la institucionalidad multilateral ofrecen un respaldo adicional a los países en desarrollo que asumen compromisos en TLC. En principio los TLC remiten a distintas materias reguladas multilateralmente. Asimismo, los TLC suelen prever la opción de foro, que permite zanjar bajo el propio SSD las disputas ocasionadas por la aplicación del Tratado bajo las reglas de competencia del SSD y la normativa de la OMC.

En síntesis, la preservación de estas reglas y procedimientos multilaterales que se han ido puliendo trabajosamente desde la segunda posguerra no solamente aportaría racionalidad para transitar una fase muy ríspida en las relaciones económicas y comerciales internacionales, sino que en particular contribuiría a reducir las presiones bajo las cuales deben operar los países en desarrollo.

Referencias bibliográficas

Comunidad Europea. (2021, 14 de Julio). *COM/2021/564 final. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono. Exposición de Motivos.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52021PC0564>

Congress of USA. (1950). *Public Law No. 81-774. Defense Production Act of 1950.*

Congress of USA. (1962). *Public Law No. 87-794. Trade Expansion Act of 1962. Sección 232 and Sección 233.*

Congress of USA. (1975). *Public Law No. 93-618. Trade Act of 1974. Section 301.* <https://www.congress.gov/bill/93rd-congress/house-bill/10710/text?s=8&r=13&q=%7B%22search%22%3A%221978+Public+Law+93-617%22%7D>

Congress of USA. (1988). *Public Law No. 100-418. Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. Section Super 301.* <https://www.congress.gov/bill/100th-congress/house-bill/4848/text/pl?overview=closed>

Congress of USA. (2022). *H.R. 1155. UYGHUR Forced Labor Prevention Act.* <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1155/text>

Dadush, U. y Dominguez Prost, E. (2023). Preferential Trade Agreements, Geopolitics, and the Fragmentation of World Trade. *World Trade Review*, 22(2).
<https://doi.org/10.1017/S1474745623000022>

GATT. (1947). *Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y comercio (GATT de 1947)*.
https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm

Gavin, B. (2023, September 22). Tai targets China, climate in call to reform WTO. *Político*.
<https://subscriber.politicopro.com/article/2023/09/tai-targets-china-climate-in-call-to-reform-wto-00117491>

Halperin, M. (2022). La erosión del multilateralismo después de la invasión a Ucrania. Revelaciones de un caso emblemático en la OMC. *Informe Integrar*, (136).
<https://www.iil.jursoc.unlp.edu.ar/sitio/index.php/site-administrator/boletin>

Halperin, M. (2023). El futuro del multilateralismo económico. La disyuntiva latinoamericana. En N. B. Mellado (Coord.), *Integración Latinoamericana: convergencias y divergencias multidimensionales*. Instituto de Integración Latinoamericana UNLP.
<https://doi.org/10.35537/10915/154200>

Halperin, M. (2023, 9 de Julio). La nueva política comercial norteamericana. *TradeNews*.
<https://tradenews.com.ar/la-nueva-politica-comercial-norteamericana/>

Halperin, M. (2024). Por qué los países en desarrollo deberían oponerse al desmantelamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC. *Gridale*.
<http://marcelohalperin.com.ar/2023/12/28/por-que-los-paises-en-desarrollo-deberian-oponerse-al-desmantelamiento-del-sistema-de-solucion-de-diferencias-en-la-omc/>

Office of the United States Trade Representative. (2023, August 24). *Remarks by Ambassador Katherine Tai at G20 Trade and Investment Minister’s Meeting*. USTR Press Office.
<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2023/august/remarks-ambassador-katherine-tai-g20-trade-and-investment-ministers-meeting>

Office of the United States Trade Representative. (2023, September 22). *Remarks by Ambassador Katherine Tai on the World Trade Organization and the Multilateral Trading System*. USTR Press Office.
<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2023/september/remarks-ambassador-katherine-tai-world-trade-organization-and-multilateral-trading-system>

Office of the United States Trade Representative. (2024, February 28). *Remarks by Ambassador Katherine Tai at the Working Session on Dispute Settlement Reform at the Thirteenth Ministerial of the World Trade Organization*. USTR Press Office.
<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and->

[remarks/2024/february/remarks-ambassador-katherine-tai-working-session-dispute-settlement-reform-thirteenth-ministerial](#)

Office of the United States Trade Representative. (2023, 8 de Diciembre). *Forwarding from Department of Homeland Security: DHS Designates Three Additional PRC-Based Companies to the UFLPA Entity List*. USTR Press. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/december/forwarding-department-homeland-security-dhs-designates-three-additional-prc-based-companies-uflpa>

OMC. (s/f). *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm

OMC. (s/f). *Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Acuerdo Plurilateral. Parte VII. Disposiciones institucionales; disposiciones finales. Art. 73*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm8_s.htm

OMC. (s/f). *Los principios del sistema de comercio*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#:~:text=Trato%20nacional%3A%20igual%20trato%20para,hayan%20entrado%20en%20el%20mercado

OMC. (s/f). *Sistema de Solución de Diferencias*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#:~:text=La%20soluci%C3%B3n%20de%20diferencias%20comerciales,el%20marco%20de%20la%20OMC.

OMC. (1973). *Ronda Tokio (1973-1979)*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm

OMC. (1994). *Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y comercio de 1994*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm

OMC. (2001, 14 de Noviembre). *WT/MIN(01)/DEC/1. Declaración de Doha. Párrafo 31*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#tradeenvironment

OMC. (2002, 21 de Marzo). *TN/TE/W/1. Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA): Aplicación del Programa de Doha para el Desarrollo. Comunicación de las Comunidades Europeas Apartado i) del párrafo 31*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_negotiations_s.htm

OMC. (2005, 3 de Marzo). *WT/DS267/AB/R. Estados Unidos. Subvenciones al algodón americano (UPLAND). Informe del Órgano de Apelación*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds267_s.htm

OMC. (2012, 12 de Marzo). *WT/DS353/AB/R. Estados Unidos. Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (Segunda reclamación)*. <https://docs.wto.org/>

OMC. (2015, 20 de Mayo). *WT/DS431. China. Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno.*
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds431_s.htm

OMC. (2015, 20 de Mayo). *WT/DS432. China. Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno.*
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds432_s.htm

OMC. (2015, 20 de Mayo). *WT/DS433. China. Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno.*
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds433_s.htm

OMC. (2015, 16 de Enero). *WT/DS437/AB/R. Estados Unidos: Medidas en materia de derechos compensatorios sobre determinados productos procedentes de China. Informe del Órgano de Apelación distribuido.*
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds437_s.htm

OMC. (2019, 14 de Febrero). *WT/GC/W/757/Rev.1. Una OMC Indiferenciada: La auto declaración de desarrollo riesgo de irrelevancia institucional. Comunicado de Estados Unidos.* <https://docs.wto.org/>

OMC. (2019, 5 de Abril). *WT/DS512/R. Federación de RUSIA. Medidas que afectan el tráfico en tránsito. Informe del Grupo Especial.*
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds512_s.htm

OMC. (2020, April 23). *Export Prohibitions and Restrictions. Information Note.*
https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_23apr20_e.htm

OMC. (2020, 16 de Junio). *WT/DS567/R. Arabia Saudita. Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual. Informe del Grupo Especial.*
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds567_e.htm

OMC. (2021, 2 de Septiembre). *WT/DS562/R. Estados Unidos. Medida de salvaguardia sobre las importaciones de productos fotovoltaicos de silicio cristalino. Informe del Grupo Especial.* https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds562_e.htm

OMC. (2023, 30 de Enero). *WT/DS564/21. Estados Unidos. Determinadas medidas relativas a los productos de acero y aluminio.*
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds564_e.htm

OMC. (2023, 16 de Agosto). *DS558/R. China. Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos. Informe del Grupo Especial. Parágrafo 7.43, 7.48., 7.102., 7.104, 7.106, 7.111 y 7.112.*
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds558_e.htm

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA
TEL: 54–0221–421–3202 54-0221-6442070/90 INT 203
Provincia de Buenos Aires – Argentina

OMC. (2023, 19 de Diciembre). *WT/DS561/R. Turquía. Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos. Informe del Grupo Especial.* Numerales 7.76, y 7.78.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds561_e.htm

OMC. (2024, 2 de Marzo). *WT/L/1192; WT/MIN(24)/37. Reforma de la Solución de Controversias.* <https://docs.wto.org/>

OMC. (2024, 4 de Marzo). *WT/L/1189; WT/MIN(24)/34. Medidas de Apoyo de La OMC para una transición fluida de los países que dejan de tener la condición de PMA.*
<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN24/34.pdf&Open=True>

OMC. (2024, 4 de Marzo). *WT/L/1193; WT/MIN(24)/38. Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico. Decisión Ministerial.*
https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc13_s/documents_s.htm

Palau, N., y Guarín, G. (2020, 29 de Diciembre). *La crisis del Órgano de Apelación: no hay remedio. Acuerdos. Revista de Derecho Económico Internacional.*
<https://acuerdosrevista.mincit.gov.co/articulos/la-crisis-del-organo-de-apelacion-no-hay-remedio>

United State Department Labor. (2023, November 16). *Presidential Memorandum on Advancing Worker Empowerment, Rights, and High Labor Standards Globally.* US Government. <https://www.dol.gov/agencies/ilab/presidential-memorandum-on-advancing-worker-empowerment-rights-and-high-labor-standards-globally>

Zhou, W., Meng Fang, M. (2023, December 22). *Unforeseen Developments before and after. US. Safeguard Measure on PV Products: High standard or New standard? World Trade Review, 22(5), 541-561.* doi:10.1017/S1474745622000465