

Las disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo en el entendimiento de solución de diferencias de la OMC¹

The Provisions on Special and Differential Treatment in favor of Developing Countries in the WTO Dispute Settlement Understanding
Les dispositions relatives au traitement spécial et différencié pour les pays en développement dans le Mémorandum d'Accord pour le Règlement des Différends de l'OMC

Carolina Vásquez Arango²

Resumen

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), regulador del comercio entre Estados desde 1948, contaba con un mecanismo de solución de diferencias que se mostró insuficiente para responder a las necesidades de los países en desarrollo, los cuales escasamente hicieron uso de éste en casi cinco décadas. Por esta razón, durante la Ronda Uruguay del GATT se modificó este mecanismo y el resultado es el sistema de solución de diferencias (en adelante SSD) de la OMC que se conoce actualmente, regulado en el Anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, conocido como el “Entendimiento de Solución de Diferencias” (ESD). Este Entendimiento incorpora disposiciones a favor de los países en desarrollo (PVD) y, en especial, de los países menos adelantados (PMA), que buscan equilibrar las desigualdades existentes entre éstos y los miembros desarrollados de la OMC y, al mismo tiempo, permitirles a los primeros hacer un uso efectivo del sistema para defender

-
- 1 Este artículo es resultado de la investigación terminada: “Colombia y el Sistema de Solución de Controversias de la OMC”, trabajo dirigido por el profesor Dr. Francesc Granell Trias, y con el cual la autora obtuvo el título de Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, el día 7 de julio de 2010.
 - 2 Doctora en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia - Colombia. Miembro del Grupo de Investigación en Estudios Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: cvasquez@derecho.udea.edu.co.

Este artículo fue recibido el día 29 de julio de 2010 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 11 del 8 de agosto de 2010.

sus intereses comerciales. Sin embargo, en su mayoría, estas normas adolecen de defectos que las hacen inoperantes y que hacen urgente su revisión y modificación para que sirvan al fin al que están llamadas.

Palabras clave: sistema multilateral de comercio, sistema de solución de diferencias, Entendimiento de Solución de Diferencias, Organización Mundial del Comercio, trato especial y diferenciado, países en desarrollo, países menos adelantados.

Abstract

The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), that regulates trade between sovereign States since 1948, had a dispute settlement mechanism that became insufficient to meet the needs of developing countries, which barely made use of it in nearly five decades. For this reason, this mechanism was amended during the Uruguay Round of the GATT, giving as a result the WTO Dispute Settlement System (DSS) as we know it today, covered in Annex 2 to the Agreement establishing the WTO, known also as the "Dispute Settlement Understanding" (DSU). This Understanding includes provisions on special and differential treatment for developing countries, and especially, for least developed countries (LDCs), with the aim of balancing the existing inequalities between these countries and the developed members of the WTO and to enable the former to effectively use the system to defend their commercial interests. However, most of these provisions suffer from shortcomings which make them ineffective and whose revision and modification become urgent in order for them to serve the purpose for which they are created.

Key words: Multilateral Trading System, Dispute Settlement System, Dispute Settlement Understanding, World Trade Organization, special and differential treatment, developing countries, least developed countries.

Résumé

L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui régule le commerce entre les États depuis 1948, avait un mécanisme de règlement des différends qui est devenu insuffisant pour répondre aux besoins des pays en développement, qui eux ont à peine fait usage de ce mécanisme en près de cinq décennies. Pour cette raison, lors de l'Uruguay Round du GATT, ce mécanisme a été modifié donnant comme résultat le système de règlement des différends de l'OMC que nous connaissons aujourd'hui, visé à l'Appendice 2 de l'accord instituant l'OMC, connu sous le nom de «Mémorandum d'accord sur le règlement des différends». Cet accord comporte des dispositions pour les pays en développement, et en particulier, pour les pays les moins avancés (PMA), qui poursuivent l'équilibre des inégalités existantes entre eux et les pays développés membres de l'OMC et, en même temps, l'utilisation efficace du système pour défendre leurs intérêts commerciaux. Cependant, la plupart de ces dispositions souffrent de défauts qui les rendent inefficaces et qui font qu'il soit urgent de les examiner et modifier de manière à ce qu'elles puissent servir aux fins auxquelles elles sont appelées.

Mots-clés: Système commercial multilatéral, Organisation mondiale du commerce, Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, traitement spécial et différencié, pays en développement, pays moins avancés.

Sumario

Introducción. 1. La necesidad de incluir normas sobre trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. 2. Las disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. 3. El panorama general de las normas sobre trato especial y diferenciado en el Entendimiento de Solución de Diferencias. 4. Conclusión. Referencias.

Introducción

Uno de los grandes logros alcanzados durante la Ronda Uruguay del GATT³ fue la reforma del mecanismo de solución de diferencias que existía bajo el GATT de 1947, y que se incorporó en el “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias” (ESD), correspondiente al Anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y vigente desde el 1º de enero de 1995.

El ESD es un acuerdo central para el correcto funcionamiento del sistema multilateral de comercio, pues regula los procedimientos a través de los cuales se hacen cumplir las normas que establecen las obligaciones para los miembros de la OMC.

3 El *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, como se denomina en español, fue el acuerdo regulador del comercio entre Estados hasta la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en 1994. El GATT se suscribió en Ginebra el 30 de octubre de 1947 por veintitrés países, tanto desarrollados como en desarrollo, entre los que no se encontraba Colombia. La entrada en vigor de este Acuerdo se efectuó el 1º de enero de 1948, y durante casi cincuenta años pervivió como el tratado regulador del comercio entre Estados sin llegar a constituir una organización internacional. En el período comprendido entre 1947 y 1994 se efectuaron ocho rondas de negociaciones comerciales del GATT, siendo la Ronda Uruguay la última de ellas, que fue lanzada en 1986 y terminó en 1994.

En 1994, al finalizar la Ronda Uruguay con la firma del Acta de Marrakech, se crea la Organización Mundial del Comercio, cuya entrada en vigor se produjo el 1º de enero de 1995. Esta Organización administra diversos acuerdos reguladores del comercio internacional, entre los cuales se encuentra el GATT de 1994, que reemplazó al antiguo GATT, o GATT de 1947, como también se le conoce.

Los cambios introducidos en la Ronda Uruguay del GATT en materia de solución de diferencias dieron lugar a un sistema bastante complejo⁴ y a un procedimiento que se ha descrito como legalista y con marcado carácter jurisdiccional.

El principal y mayor cambio del ESD es, sin lugar a dudas, la eliminación de la regla del consenso⁵, que hasta entonces había sido aplicada en fases cruciales del procedimiento, como el establecimiento de los grupos especiales, la adopción de sus informes, y la autorización para suspender concesiones; y que en la práctica se traducían en la posibilidad de la parte vencida en una disputa de bloquear o vetar la adopción de una decisión en su contra. La regla del consenso se reemplazó por la del consenso negativo, en virtud de la cual los grupos especiales se establecen y las decisiones se adoptan a menos que exista un acuerdo en contra por parte de la totalidad de los miembros de la OMC, que impide obstrucciones y dilaciones en el desarrollo del procedimiento de solución de diferencias.

Otro gran cambio fue la introducción de una nueva fase en el procedimiento, la apelación, a cargo de un órgano creado especialmente para conocer de ella, un Órgano de Apelación de carácter permanente. De modo que el nuevo procedimiento consta de dos instancias, pareciéndose cada vez más a los procedimientos jurisdiccionales previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

A diferencia de su predecesor, el Entendimiento de 1979, que coexistía con otros procedimientos de solución de diferencias consagrados en los códigos adoptados en la Ronda de Tokio, el ESD pretende unificar los diversos procedimientos de solución de diferencias en un único instrumento, con el fin de dotar de mayor previsibilidad y coherencia al sistema de solución de diferencias (SSD).

Finalmente, el ESD incorpora diversas disposiciones que otorgan un trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo (PVD), y especialmente de

4 Para obtener una explicación detallada acerca del Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC, Cf. Palmetier & Mavroidis (2004); Piérola (2008); y *World Trade Organization* (2004).

5 Sobre este asunto coincide la mayoría de la doctrina. Cf. Hudec (1993, p. 194, 235); Zapatero (2003, p. 42, 51); y Montaña (1997, p. 114, ss).

los países menos adelantados (PMA)⁶, pretendiendo con esto promover la participación de estas dos categorías de miembros cuya participación en el mecanismo de solución de diferencias del GATT de 1947 no fue particularmente destacada⁷.

En este artículo nos centraremos en el estudio de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado incorporadas en el ESD, con el fin de analizar si estas realmente posibilitan una mayor participación a los PVD en el SSD de la OMC.

1. La necesidad de incluir normas sobre trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC

Al comparar el procedimiento de solución de diferencias de la OMC tal y como se regula en el ESD, con el regulado en el Entendimiento de 1979 o en las disposiciones sobre solución de diferencias del GATT de 1947 (artículos XXII y XXIII), se puede verificar que actualmente el derecho cumple un papel más relevante, lo que se evidencia en aspectos tales como los siguientes:

- En la regulación exhaustiva de todas las etapas del procedimiento con plazos estrictamente señalados, haciéndolo más predecible para los actores que participan en él.
- En la inclusión del derecho a un grupo especial, sin la posibilidad de bloquear su establecimiento (Zangl, 2008).
- En la inclusión de una fase de apelación y la creación de un Órgano de Apelación permanente integrado por personal altamente calificado y, lo

6 Con el fin de señalar en qué consiste cada una de estas categorías es necesario indicar que en la OMC no existe ninguna definición de países “desarrollados” o “en desarrollo”, pues es cada miembro quien decide si es un país “desarrollado” o “en desarrollo”, pero otros miembros pueden no aceptar la decisión de un miembro de acogerse a las disposiciones previstas para los PVD.

En relación con los PMA, la OMC reconoce como tales a los países que han sido designados de esa manera por las Naciones Unidas. Actualmente hay cuarenta y ocho (48) PMA en la lista de las Naciones Unidas y treinta y uno (31) de ellos son miembros de la OMC (OMC, 2010b).

7 Hudec (1993) afirmaba que al parecer el mecanismo de solución de diferencias del GATT de 1947 funcionaba pero solo para las grandes potencias, no para los países con un menor desarrollo, o lo que es lo mismo, que respondía más a los intereses de los fuertes que al de los débiles (p. 295, 298, 353).

más importante, no vinculado a ningún gobierno, que realiza su labor con independencia e imparcialidad dotando al procedimiento de un carácter más jurisdiccional⁸.

- En la exigencia de que tanto los miembros de los grupos especiales como los del Órgano de Apelación deban conocer el derecho de la OMC.
- En la exigencia de que el Órgano de Apelación se pronuncie sobre los aspectos jurídicos y las cuestiones de interpretación de los informes de los grupos especiales.
- En el reconocimiento de las reglas usuales de interpretación del derecho internacional público como fuente cuando el ESD se utilice con el fin de aclarar los acuerdos de la OMC (Artículo 3.2 del ESD; Wang, 1995).

Lo anterior ha dado lugar a que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC se califique como un procedimiento legalista y con mayor carácter jurisdiccional respecto a los rasgos predominantemente diplomáticos que marcaron al mecanismo de solución de diferencias durante la época del GATT de 1947.

Ahora bien, se ha sostenido que la judicialización del SSD de la OMC con respecto al mecanismo existente durante la vigencia del GATT de 1947, constituye por sí sola una garantía a favor de los PVD y de los PMA, ya que la existencia de un sistema legal obligatorio al que se someten por igual los miembros desarrollados y en desarrollo, evita el abuso por parte de los primeros, quienes poseen el poder suficiente para proteger sus intereses, incluso sin recurrir al derecho (WTO, 2004). De modo que, según este argumento, el paso a un procedimiento de solución de diferencias más legalista benefició más a los miembros pequeños y débiles que a las grandes potencias (Lacarte-Muro & Gappah, 2000)⁹, sin tener en cuenta la existencia o no existencia de disposiciones sobre trato especial y diferenciado.

8 Zangl (2008) afirma que en el SSD de la OMC, también es posible observar mayor independencia de los miembros del grupo especial que durante el GATT de 1947. Esta independencia de los órganos judiciales del procedimiento, grupos especiales y Órgano de Apelación, contribuye notablemente al carácter jurisdiccional del sistema (p. 830).

9 Delich (2002) comparte este razonamiento al indicar que los Estados débiles tienen mejores oportunidades para defender sus intereses en un sistema basado en la ley que en un sistema basado en el poder; sin embargo, la autora señala que la ineficacia de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado contenidas en el ESD no le proporciona a los PVD un campo de juego neutral (p. 79).

No obstante, existe una postura antagónica, según la cual el legalismo de la OMC y del ESD, en particular, no garantiza una mayor participación a los PVD¹⁰. Apoyados en esta posición, algunos autores¹¹ argumentan que en el nuevo sistema se requiere mayor capacidad legal para llevar adelante un procedimiento de solución de controversias, capacidad de la cual carecen los países pobres. Por lo tanto, a las fuentes de debilidad tradicionales, es decir, a la falta de un mercado representativo y del poder para ejercer represalias, se les suma ahora la carencia de capacidad legal, lo cual empeora el desempeño de los PVD en el SSD.

Con independencia del enfoque que se adopte, es lógico pensar que si en 1994 se reforzó el SSD de la OMC y se le dio un papel protagónico al derecho, en este sistema deben existir suficientes garantías para que los miembros más débiles, es decir, los PVD y, dentro de estos, los PMA, puedan defender sus intereses tan eficazmente como lo hicieron los miembros desarrollados a lo largo de la existencia del GATT de 1947 y, particularmente, en los últimos quince años, con la creación de la OMC.

En efecto, en el ESD, al igual que en otros de los acuerdos de la OMC¹², se regula en varias de sus disposiciones el trato especial y diferenciado a favor de los PVD y de los PMA.

La existencia de estas normas sobre trato especial y diferenciado en el marco del GATT de 1947, y de la OMC desde 1994, no es otra cosa que el reconocimiento de que el sistema multilateral de comercio se compone de miembros con diferentes niveles de desarrollo¹³ que, consecuentemente, se benefician de distinta forma del comercio mundial. Estas normas sobre trato especial y diferenciado están llamadas, por tanto, a equilibrar esas disparidades (Ademola, 2002).

10 Algunos de los autores que sostienen esta postura son: Busch & Reinhardt (2003) y Nottage (2009).

11 Entre ellos: Moonhawk (2008), Shaffer (2005a, 2009); Ewart (2007); Delich (2002); Guzmán & Simmons (2005); Busch, Reinhardt, & Shaffer (2008); Busch *et al.* (2009); Busch *et al.* (2008); Bown (2005); Davis & Bermeo (2009); Hoekman & Mavroidis (2000); Smith (2004); Horlick & Mizulin (2005).

12 Para acceder a una recopilación de las normas sobre trato especial y diferenciado en los diversos acuerdos y decisiones de la OMC realizada por la Secretaría de la Organización, ver: Organización Mundial del Comercio (2000, 25 de octubre).

13 La OMC cuenta actualmente con 153 miembros, de los cuales aproximadamente dos tercios son PVD; y dentro de esas dos terceras partes, 31 miembros son PMA (OMC, 2010a).

En el caso del ESD, en concreto, algunas normas buscan asegurar que los miembros desarrollados y en desarrollo¹⁴ reciban un trato equitativo dentro del procedimiento; y otras establecen procedimientos más flexibles y favorables para los PVD con el fin de que se beneficien del SSD, procedimientos de los cuales están excluidos los miembros desarrollados¹⁵.

Sin embargo, la inclusión de normas sobre trato especial y diferenciado no garantiza su operatividad, que ha sido bastante limitada, como se verá más adelante¹⁶. Incluso, algunos autores (Pérez, 2001)¹⁷ han clasificado las diferentes normas según

-
- 14 En el ESD, la mayoría de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado se refieren a los “países en desarrollo miembros”, pero todas se aplican también a los PMA, pues para esta sub-categoría de PVD sólo existe una disposición especial, el párrafo 1 del artículo 24 del ESD.
- 15 Esta diferenciación de normas sobre trato especial y diferenciado es acertadamente propuesta por Roessler (2004), quien clasifica las disposiciones sobre esta materia en dos categorías: En la primera se encuentran las normas que reconocen principios generales y disponen la forma como estos deben aplicarse a los PVD, que son precisamente las que aseguran que los miembros desarrollados y en desarrollo reciben un trato equivalente dentro del ESD. Un ejemplo de estas son las normas contenidas en los artículos 8.10 y 12.11 del ESD. Y la segunda categoría, corresponde a las normas que establecen procedimientos especiales exclusivos para los PVD, como las reguladas en los artículos 3.12, 21.2, 21.7 y 21.8 del ESD (p. 88-89).
- 16 Al respecto Delich (2002) sostiene que la mayoría de las disposiciones en el ESD referidas a los PVD han demostrado ser más declarativas que operativas, especialmente refiriéndose a aquellas normas que indican que “debe prestarse especial atención” a los problemas e intereses de los países en desarrollo, pues no existe claridad sobre el concepto de “especial atención” en la jurisprudencia de la OMC (p. 73). En el mismo sentido opina Olivares (2001) cuando afirma que la mayoría de las normas sobre trato especial y diferenciado son normas redactadas en un lenguaje de “*soft law*”, que las hace incoercibles, que no es propio de un sistema basado en el derecho como lo es el de la OMC (p. 548-550). Por su parte Roessler (2004), siguiendo su clasificación, señala que las que determinan cómo aplicar un principio general a los PVD han sido eficaces; mientras que las que reconocen procedimientos especiales no lo son tanto porque los mismos PVD son reacios a solicitar que se les aplique un procedimiento más favorable (p. 89). Otros autores, como Mangeni (2003) y García (2004), alegan que estas disposiciones carecen de significado práctico.
- 17 Este autor señala como operativas las disposiciones contenidas en los artículos 3.12, 8.10, 12.11 y 27.2 del ESD; pero se pregunta por el contenido sustancial de las disposiciones reguladas en los artículos 4.10, 12.10, 21.2, 21.7 y 21.8, teniendo en cuenta las desfavorables interpretaciones para los PVD que hizo un grupo especial de algunas normas sobre trato especial y diferenciado previstas en el Acuerdo sobre Medidas Antidumping, cuya terminología es similar a las del ESD.

su eficacia en disposiciones operativas y en disposiciones de “*best endeavour*” o “*best efforts*”¹⁸, que dependen de la buena voluntad de una parte. Aquí se está ante la eterna controversia que envuelve una buena parte del Derecho Internacional: saber si esta normativa es “*soft*” o “*hard law*”.

Algunas de las previsiones que se analizan a continuación existían bajo el GATT de 1947¹⁹ y otras constituyen la respuesta a los requerimientos de los PVD durante las negociaciones de la Ronda Uruguay.

2. Las disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC

Con el espíritu que introdujo la Parte IV del GATT, sobre comercio y desarrollo, en 1965, la situación especial de los PVD en materia de solución de diferencias se ha tenido en cuenta desde el GATT de 1947, con la Decisión del 5 de abril de 1966 sobre la aplicación de procedimientos de resolución en los litigios entre un país en desarrollo y un país desarrollado.

Algunas de las normas sobre trato especial y diferenciado reguladas en el ESD ya existían en el Entendimiento de 1979, o se introdujeron en una revisión realizada durante 1989. Otras normas constituyen toda una novedad; pero lo importante no es solo su inclusión sino que efectivamente sea posible que los PVD y, especialmente los PMA, hagan un uso efectivo de ellas y obtengan el trato preferencial y diferenciado que estas pretenden garantizar.

18 Una traducción de estos términos podría ser “mejor esfuerzo”, que se corresponde con las disposiciones que prescriben la observancia de un buen comportamiento. Michalopoulos (2002) ha afirmado que un gran número de las 145 normas de la OMC sobre trato especial y diferenciado fueron redactadas en un “*best efforts’ style*”, y como resultado, estas normas son incoercibles (p. 17-18).

19 Los artículos 21.8 y 24.2 por ejemplo, fueron tomados del Entendimiento de 1979, y el artículo 27.2 fue copiado de una Decisión Ministerial que data de 1989 (Montaña, 1997, p. 119).

2.1 El derecho a invocar la Decisión de 5 de abril de 1966 (artículo 3.12 del ESD)

Esta disposición establece que cuando un país en desarrollo miembro presente una reclamación contra un miembro desarrollado basada en cualquiera de los acuerdos abarcados de la OMC, el reclamante tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones contenidas en la Decisión del 5 de abril de 1966 (GATT) como alternativa a las normas de los artículos 4, 5, 6 y 12 del ESD. Además, cuando el grupo especial considere que el plazo previsto en el párrafo 7 de esa Decisión es insuficiente para rendir su informe sobre la diferencia, este se podrá prorrogar si la parte reclamante lo autoriza.

Adicionalmente, prevé que en caso de desacuerdo entre las normas y procedimientos de los artículos 4, 5, 6 y 12 del ESD y las normas y procedimientos de la Decisión, prevalecen los regulados en esta última.

Así pues, las primeras disposiciones de la Decisión se refieren a la misma materia del artículo 4 del ESD: la fase de consultas. En la Decisión se establece que cuando las consultas entre las partes hayan fracasado, el país en desarrollo miembro puede solicitar la intervención del Director General de la OMC, quien prestará sus buenos oficios con el fin de facilitar la solución a la diferencia. Para ello, las partes deben proporcionar al Director General toda la información que este les solicite (párrafos 1 y 2 de la Decisión).

Si las consultas con la intervención del Director General no llevan a una solución mutuamente satisfactoria en un plazo de sesenta días, el Director General, a solicitud de una de las partes interesadas, someterá el asunto al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), para lo cual debe presentar un informe sobre las determinaciones que haya tomado y acompañarlo de todos los antecedentes de que disponga (párrafo 4 de la Decisión).

El Órgano de Solución de Diferencias designará un grupo especial para que recomiende una solución con base en el informe presentado por el Director

General²⁰. Este grupo, al realizar su examen, deberá tener en cuenta todas las circunstancias y consideraciones relativas a la aplicación de la medida objeto de la queja y su impacto en el comercio y desarrollo económico de los miembros afectados. El grupo especial tendrá un plazo de sesenta días desde el momento de su establecimiento para emitir su informe (párrafos 5, 6 y 7 de la Decisión). Si el grupo especial considera que este plazo es insuficiente, podrá prorrogarse con autorización de la parte reclamante (art. 3.12 ESD).

Los plazos de esta Decisión no han sido invocados durante la vigencia del ESD, pero se aplicaron una vez durante la vigencia del GATT de 1947²¹, pues las partes prefieren acogerse a los plazos contenidos en el artículo 12 del ESD, los cuales son más extensos²², porque es más conveniente para los PVD tener más tiempo para preparar sus alegatos.

Por tanto, el plazo establecido en la Decisión no parece beneficiar mucho a los PVD, salvo en los casos de urgencia, por ejemplo, cuando la reclamación se refiere a productos perecederos, pues en esta situación el plazo de sesenta días de la Decisión para que el grupo especial emita su informe podría ser mucho más favorable a los intereses de los PVD que el plazo de tres meses que regula el artículo 12.8 del ESD (Footer, 2001).

En los quince años de existencia de la OMC, solamente se ha mencionado la intención de hacer uso del derecho regulado en el artículo 3.12 del ESD a someterse

20 Así, en el caso de la Decisión de 5 de abril de 1966, el establecimiento del grupo especial se hace con base en un escrito presentado por el Director General y no con fundamento en una solicitud escrita de la parte reclamante, como lo dispone el artículo 6 del ESD.

21 El caso en el que se aplicaron durante el GATT de 1947 fue: *Banano I*, en el que Colombia era uno de los reclamantes. *World Trade Organization* (2004).

22 El párrafo 8 del artículo 12 del ESD establece como límite a la fase de los grupos especiales un plazo de 6 meses desde el momento de su composición y mandato hasta el traslado de su informe definitivo; y en casos de urgencia este plazo será de 3 meses. Por lo tanto, se trata de plazos más amplios que los regulados en la Decisión de 5 de abril de 1966, y por ello, los PVD se han abstenido de solicitar la aplicación de esta última.

al procedimiento de la Decisión de 1966 en dos reclamaciones, una presentada por Colombia: *DS361: Comunidades Europeas – Régimen para la importación de bananos*; y la otra por Panamá: *DS364: Comunidades Europeas – Régimen para la importación de bananos*²³.

Footer sugiere como razones para este comportamiento el hecho de que el ESD proporciona un trato similar o mejor que el de la Decisión (Footer, 2001), pues también regula la fase de consultas (art. 4 ESD), brinda la posibilidad a cualquier miembro de recurrir a los buenos oficios, la conciliación o la mediación (art. 5 ESD), y señala un procedimiento en el que interviene el Director General para la designación de los integrantes de los grupos especiales cuando no hay acuerdo entre las partes involucradas en la diferencia (art. 8.7 ESD).

2.2 La atención a los problemas e intereses de los países en desarrollo miembros durante la fase de consultas (artículo 4.10 del ESD)

Este artículo regula la fase de consultas y en el párrafo 10 establece que durante esta etapa los miembros deberán prestar especial atención a los problemas e intereses de los PVD.

Este es un claro ejemplo de una norma de “*soft law*”, o de una disposición redactada en términos de “mejores esfuerzos”, la cual se asemeja más a una recomendación que a una obligación. Este tipo de norma es absolutamente inoperante, pues su redacción no se hace en términos que impliquen una obligación, y tampoco se determina la forma en que se hará cumplir, siendo por ello una disposición incoercible.

23 No existe referencia doctrinaria en relación con otros eventos en los que se haya invocado esta disposición. Colombia mencionó la posibilidad de recurrir al procedimiento regulado en la Decisión de 5 de abril de 1966, en la disputa iniciada en 2007 contra las Comunidades Europeas por el régimen a la importación de banano (OMC, 2007, 26 de marzo, p. 4).

Panamá, por su parte, mencionó la Decisión en la solicitud de celebración de consultas presentada también en el año 2007 contra el régimen del banano europeo (OMC, 2007, 27 de junio).

Por el contrario, durante el GATT de 1947 la Decisión del 5 de abril de 1966 se invocó en varias ocasiones: en 1977 en una diferencia presentada por Chile contra las Comunidades Europeas; en 1980, en una diferencia entre India y Japón; en 1986, en una diferencia presentada por México contra Estados Unidos; y en 1992, en una diferencia entre Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Venezuela contra las Comunidades Europeas, el caso *Banano I* (Footer, 2001, p. 61-62).

No se determina en qué consiste el “deber” de prestar especial atención a los problemas e intereses de los PVD; por tanto, el alcance de la disposición y su cumplimiento dependen de la interpretación que de ella hagan los miembros de la OMC y de su buena voluntad.

La norma, sin embargo, fue invocada por Chile en una disputa presentada por Canadá contra las Comunidades Europeas²⁴. En todo caso, a pesar de haber sido invocada, la utilidad práctica de esta disposición se limita a servir de fundamento jurídico en los eventos en que un país en desarrollo quiera quejarse de una situación de discriminación, pues no se señala ninguna consecuencia jurídica para el miembro que incurre en la actitud discriminatoria²⁵.

2.3 El derecho a que un integrante del grupo especial provenga de un país en desarrollo miembro (artículo 8.10 del ESD)

El artículo 8 se refiere a la composición de los grupos especiales y en el párrafo 10 regula el derecho que tienen los PVD miembros a solicitar que, en las diferencias que tengan lugar entre uno de estos países y un miembro desarrollado, al menos uno de los tres integrantes del grupo especial sea nacional de un país en desarrollo miembro.

Esta norma es bastante clara y en principio no parece difícil que se haga operativa, pues el país en desarrollo que quiera beneficiarse del derecho regulado en ella sólo debe invocarla. En efecto, ha sido calificada por la Secretaría de la OMC como una disposición obligatoria²⁶.

24 Chile afirmó que había sido discriminado porque las Comunidades Europeas no tuvieron en cuenta su solicitud para participar como tercero en las consultas (OMC, 2001, 21 de septiembre).

25 Para confirmar lo anterior, debe tenerse en cuenta también que la Secretaría de la OMC (2002, 4 de febrero) en su Nota al Comité de Comercio y Desarrollo la clasificó como una de las normas sobre trato especial y diferenciado no obligatorias, tanto por su redacción como porque no se define el contenido preciso de la expresión “prestar especial atención”. Se indicó, además, que para convertirla en una norma obligatoria es preciso cambiar la expresión “deberán prestar” por “prestarán” (p. 11).

26 Ver el *addendum* 2 a la Nota de la Secretaría al Comité de Comercio y Desarrollo (OMC, 2001, 21 de diciembre) en el cual se lleva a cabo el examen de las disposiciones obligatorias sobre trato especial y diferenciado.

Aunque en la práctica no hay forma de asegurar que en la designación del grupo especial se garantizará ese derecho a los PVD, parece ser que en la práctica del SSD esta disposición sobre trato especial y diferenciado en el ESD se ha aplicado en forma efectiva²⁷.

2.4 La ampliación de la fase de consultas (artículo 12.10 del ESD)

El artículo 12.10 permite que las partes amplíen los plazos de la fase de consultas, que se regulan en los párrafos 7 y 8 del artículo 4, en los casos en que un país en desarrollo miembro haya adoptado una medida contra la que se presenta la reclamación. Si expirado este plazo las partes no pueden convenir que las consultas han terminado, el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) decidirá, previa consulta con las partes, si prorroga el plazo y por cuánto tiempo²⁸.

Se agrega que, cuando se presenta una reclamación contra un país en desarrollo miembro, el grupo especial le concederá el tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones, sin exceder los plazos a que se refieren los artículos 20²⁹ y 21.4³⁰ del ESD. Debe prestarse especial atención en este caso a la condición de que el país en desarrollo miembro actúe como demandado, pues si se trata de una

27 Ewart (2007) indica que la aplicación de esta norma se debe al hecho de que es fácil de cumplir, pues establece requisitos claros y objetivos cuya interpretación no se deja al arbitrio de las partes en la disputa ni del grupo especial. Por lo tanto, queda claro que para que las normas sobre trato especial y diferenciado se cumplan, deben transformarse en normas con requisitos claros, que se puedan cuantificar, medir y monitorear fácilmente (p. 62).

28 Al parecer el Presidente del OSD nunca ha prorrogado este plazo de acuerdo con el artículo 12.10 del ESD (Footer, 2001). Pero vale la pena resaltar un caso en el que la norma fue invocada: se trata de una diferencia entre Estados Unidos como reclamante y Pakistán como demandado, sobre la protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura. En esta diferencia Pakistán solicitó que se tuviera en cuenta el artículo 12.10 del ESD (OMC, 1996, 5 de agosto).

29 Este artículo señala que el período comprendido entre el establecimiento del grupo especial y la fecha en que el OSD examine su informe no excederá de 9 meses cuando no haya apelación del informe del grupo especial, o de 12 meses cuando hay apelación del mismo. Excepción hecha en los casos de prórroga de la fase panel prevista en el párrafo 9 del artículo 12 del ESD o en el párrafo 5 del artículo 17, pues en estos casos es posible que haya un plazo adicional, que se sumará a los 9 o 12 meses antes indicados.

30 Esta norma regula el plazo entre el establecimiento del grupo especial y la determinación del plazo prudencial para implementar las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD, el cual no debe exceder de 15 meses.

actuación como tercero interesado o como reclamante, no goza del privilegio de tener un mayor plazo para presentar sus alegaciones³¹.

Esta disposición no es muy útil, teniendo en cuenta que el calendario de trabajo para el procedimiento ante los grupos especiales se fija por el grupo especial en consulta con las partes, y generalmente se extiende. No obstante, esta disposición se invocó en dos casos: DS90: *India – Restricciones cuantitativas* y DS238: *Argentina – Duraznos en conserva* (Alavi, 2007).

2.5 La indicación en el informe del grupo especial de la forma como se tuvieron en cuenta las disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo (artículo 12.11 del ESD)

El artículo 12.11 dispone que cuando una o más partes en una diferencia sean PVD miembros, en el informe del grupo especial se deberá indicar cómo se tuvieron en cuenta las disposiciones sobre trato especial y diferenciado más favorable para esta categoría de miembros, incorporadas en los diferentes acuerdos de la OMC a los que se refería la disputa, y que hayan sido alegadas por el país en desarrollo miembro dentro del procedimiento de solución de diferencias.

Existen varios informes de grupos especiales en los cuales consta que se ha tenido en cuenta esta disposición³².

31 Esta situación se presentó en el caso *Banano III*, en el que a los países ACP no se les concedió un mayor plazo para presentar sus alegaciones, pues actuaban en dicha diferencia como terceras partes, no como demandados (Footer, 2001).

32 Ver documentos: WT/DS135/R/Add.1, relativo a la diferencia presentada por Canadá contra las Comunidades Europeas por las medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, en la cual Brasil actuaba como tercero interesado; WT/DS161/R, sobre la reclamación presentada por Australia contra Corea por las medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada; WT/DS46/R, relativo a la reclamación presentada por Canadá contra Brasil por el programa de financiación de las exportaciones para aeronaves; WT/DS64/R, sobre la reclamación presentada por Japón contra Indonesia por determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil; WT/DS70/RW, relativo a la reclamación de Brasil contra Canadá por las medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles; WT/DS90/R, sobre la reclamación presentada por Estados Unidos contra India por las restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales; y WT/DS/141/R, relativa a la reclamación presentada por India contra las Comunidades Europeas por los derechos anti-dumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de India.

2.6 La especial atención a los asuntos que afecten a los países en desarrollo miembros durante la fase de vigilancia de la aplicación de recomendaciones y resoluciones (artículo 21.2 del ESD)

El artículo 21 regula el tema de la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones adoptadas en una diferencia. En su numeral 21.2 dispone que se prestará especial atención a las cuestiones que afecten los intereses de los PVD miembros, en relación con las medidas que fueron objeto de solución de diferencias.

Por la amplitud de su redacción, esta es otra de las normas de “*soft law*” dentro del ESD, la cual contiene una obligación vacía y difícilmente exigible a favor de los PVD miembros, pues no existe claridad sobre el alcance de expresiones como “especial atención” y “las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo miembros”; así como a quién se dirige la norma, esto es, quién debe prestar esa especial atención, cuándo debe hacerlo y a los intereses de cuáles PVD³³. La norma se dirige a cualquiera de los Órganos que intervienen en la fase de vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones (Footer, 2001), bien sea el Órgano de Solución de Diferencias, el grupo especial, el Órgano de Apelación, o incluso un árbitro.

Esta norma ha sido invocada en varias disputas durante el procedimiento arbitral a que se refiere el artículo 21.3 c) del ESD, para la determinación del plazo razonable para implementar las recomendaciones y resoluciones³⁴. La disposición

33 No queda claro si se busca proteger los intereses de los PVD que son reclamantes, de los demandados, de los terceros en la disputa, o de los PVD en general. Todas estas opciones han sido consideradas en diversas disputas (Alavi, 2007, p. 325).

34 Uno de ellos fue el caso *Banano III*, donde Ecuador, Guatemala, Honduras y México la invocaron como PVD miembros reclamantes en la controversia. Estos países buscaban que se determinara un plazo inferior a los quince (15) meses para que las Comunidades Europeas implementaran las recomendaciones y resoluciones, debido a la condición de PVD de los reclamantes, pero el árbitro finalmente concedió a las Comunidades Europeas el plazo máximo posible para cumplir, esto es, el de 15 meses (OMC, 1998, 7 de enero). También, en la diferencia relativa a la reclamación de las Comunidades Europeas contra Chile por los impuestos a las bebidas alcohólicas. En este caso Chile solicitaba que el plazo prudencial para implementar las recomendaciones y resoluciones se fijara en 18 meses, invocando el artículo 21.2 del ESD; las Comunidades Europeas solicitaban al árbitro la fijación de un plazo de ocho meses y nueve días; y el árbitro finalmente señaló un plazo de catorce meses y nueve días para la implementación de las recomendaciones y resoluciones (OMC, 2000, 23 de mayo).

fue invocada recientemente por Colombia y por Panamá en una controversia en la que estos miembros actuaban como demandado y reclamante, respectivamente. En este caso el árbitro afirmó que ni Colombia, ni Panamá, demostraron que las dificultades que enfrentaba cada uno por su condición de país en desarrollo eran más graves que las que afrontaba la otra parte. Como consecuencia, el árbitro consideró que la condición de PVD de ambas partes no lo había llevado “a determinar un ‘plazo prudencial’ más largo o más breve” (OMC, 2009, 2 de octubre).

Finalmente, vale la pena mencionar que, al igual que sucedió con la disposición del artículo 4.10 del ESD, la Secretaría de la OMC ha clasificado a esta como una norma sobre trato especial y diferenciado no obligatoria.

Esta falta de obligatoriedad explica el hecho de que a pesar de haber sido una disposición invocada por Antigua y Barbuda en una controversia contra Estados Unidos, su solicitud fuera rechazada y esta disposición no hubiera sido aplicada (Ewart, 2007).

2.7 Las disposiciones adicionales que se pueden adoptar cuando un país en desarrollo miembro plantea un caso (artículos 21.7 y 21.8 del ESD)

El párrafo 7 del artículo 21 del ESD regula que en los asuntos planteados por PVD miembros, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias, en lo que respecta a la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. Hasta aquí no es claro el alcance de la obligación que se deriva de esta norma para el OSD. No obstante, el párrafo 8 del artículo 21 aclara en alguna medida el asunto cuando dispone que cuando el caso haya sido promovido por un país en desarrollo miembro, al considerar las disposiciones adecuadas a las que se refiere el párrafo 7 del artículo 21 del ESD, debe tenerse en cuenta no sólo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación, sino también su repercusión en la economía de los PVD miembros de que se trate.

Otro ejemplo es la diferencia presentada por las Comunidades Europeas contra Argentina por las medidas que afectan la exportación de pieles de bovino y la importación de cueros acabados. En este caso el árbitro fijó un plazo de 12 meses y 12 días, el cual estaba muy por debajo de la solicitud formulada por Argentina con fundamento en el artículo 21.2 del ESD (OMC, 2001, 31 de agosto).

Se concluye entonces que la norma sí se invoca por los PVD miembros en sus diferencias, pero al menos en los tres casos descritos los árbitros desestimaron estas solicitudes.

De modo que el párrafo 8 del artículo 21 fija como criterios para determinar las disposiciones adicionales: el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación y la repercusión de las mismas en la economía del país en desarrollo miembro reclamante. Pese a que este párrafo parece adicionar contenido a una disposición que en principio es amplia y vacía, como lo es el párrafo 7 del artículo 21 del ESD, estas dos disposiciones nos conducen otra vez al campo de las normas de “*soft law*”, difícilmente exigibles, que en última instancia dependen de la voluntad que tenga el Órgano de Solución de Diferencias para aplicarlas. Este último aspecto es aún más complicado si se tiene en cuenta que el OSD es un órgano político; entonces la determinación de disposiciones adicionales a favor de un país en desarrollo implica que los representantes de todos los miembros de la OMC que integran dicho órgano se pongan de acuerdo en un asunto de interés particular como este.

Por las razones mencionadas, los párrafos 7 y 8 del artículo 21 del ESD son un claro ejemplo de normas ineficaces sobre trato especial y diferenciado³⁵, ya que ni siquiera los PVD miembros se animan a invocar su aplicación en los casos que les conciernen³⁶ y, por el contrario, han criticado su redacción en términos amplios y proponen que en eventuales reformas al ESD se les dote de contenido.

2.8 Las disposiciones a favor de los países menos adelantados (artículo 24 del ESD)

Los PMA son una sub-categoría de PVD y por ello se les aplican todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado señaladas en el ESD. Sin embargo, en este se regulan también algunas normas especiales aplicables únicamente a los PMA.

35 La Secretaría de la OMC (2001) clasificó estas disposiciones como “obligaciones de comportamiento”, pues al OSD no se le exige adoptar ninguna disposición sino reflexionar sobre las posibles disposiciones a adoptar y en su reflexión “tener en cuenta” ciertas circunstancias especiales de los PVD (OMC, 2001, 21 de diciembre)

36 Sin embargo se conoce un caso de una decisión arbitral en la cual se tuvieron en cuenta estas disposiciones. Se trata de la diferencia conocida como *Banano III*, donde el miembro reclamante y quien invocó la norma del artículo 21.8 del ESD era Ecuador y el demandado las Comunidades Europeas (OMC, 2000, 24 de marzo).

De acuerdo con el párrafo 1 del artículo 24 del ESD, debe prestarse especial atención a la situación de los PMA miembros en todos los procedimientos de solución de diferencias en los que uno de ellos intervenga. Se insiste, además, en que los miembros deben ejercer debida moderación antes de plantear un caso contra un PMA, o cuando se solicite compensación o autorización para suspender concesiones u otras obligaciones porque uno de estos países causó anulación o menoscabo a otro miembro como consecuencia de la adopción de una medida.

Igualmente, de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo, si en la fase de consultas en que intervenga un país menos adelantado miembro no se llega a una solución satisfactoria, el Director General o el presidente del OSD podrán ofrecer sus buenos oficios, conciliación y mediación, previa solicitud del país menos adelantado, para que se solucione la diferencia antes de que se solicite la conformación de un grupo especial.

Podría pensarse que estas disposiciones carecen de operatividad, pues hasta el momento solo un PMA ha participado en procedimientos de solución de diferencias ante la OMC en calidad de reclamante³⁷, ya que en términos generales su actuación se ha limitado a la de terceros intervinientes³⁸. No obstante, el Órgano de Apelación se refirió a la invocación de este artículo hecha por dos países, Benín y Chad, en una controversia en la que ambos actuaban en calidad de terceros (OMC, 2005, 3 de marzo), aunque en este caso se concluyó que en tal calidad no era posible solicitar la modificación de las conclusiones y recomendaciones del grupo especial (Alavi, 2007).

2.9 La asistencia legal brindada por la Secretaría de la OMC (artículo 27 del ESD)

De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 27 del ESD, la Secretaría de la OMC brinda asistencia a todos los miembros en materia de solución de diferencias, pero

37 El único caso en el que un PMA ha participado como reclamante es el de Bangladesh contra India por las medidas antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh. En este caso, sin embargo, se llegó a una solución mutuamente satisfactoria durante la fase de consultas (OMC, 2006, 23 de febrero). De otro lado, ningún PMA ha sido demandado ante la OMC.

38 Han participado como terceros en diferentes disputas los siguientes PMA: Bangladesh, Benín, Chad, Madagascar, Malawi, Nigeria, Senegal y Tanzania. En el caso *Banano III*, además de numerosos PVD, participó como tercero Senegal (OMC, 2010c).

provee asesoramiento y asistencia legal adicional a los PVD miembros en relación con esta materia. Para ello, la Secretaría pondrá a disposición del país en desarrollo miembro que lo solicite un experto jurídico de los servicios de cooperación técnica de la OMC. El experto ayudará al país en desarrollo de modo que garantice la imparcialidad de la Secretaría. Además, de acuerdo con el párrafo 3 del mismo artículo, la Secretaría ofrece cursos especiales de formación sobre solución de diferencias para los delegados de los miembros.

Estas disposiciones no representan grandes ventajas a favor de los PVD, pues la asistencia y los cursos de formación ofrecidos por la Secretaría en materia de solución de diferencias se dirigen a todos los miembros; y, aunque se establece una asistencia jurídica adicional para los PVD, los delegados de la Secretaría que la presten deben hacerlo con total imparcialidad.

La condición de la imparcialidad ha sido bastante cuestionada (Delich, 2002; Roessler, 2004) porque impide que se trate de una verdadera asistencia o representación que satisfaga las necesidades de los PVD miembros, quienes en general no disponen de suficiente personal capacitado en derecho de la OMC, y aunque tienen la opción de acudir a las firmas privadas, estas prestan sus servicios a muy altos costos y generalmente se encuentran en las capitales de los principales países desarrollados, como el Reino Unido, los Estados Unidos, Francia y Suiza.

Se ha dicho también sobre esta disposición que la asistencia legal provista por la Secretaría es inadecuada, pues se dispone de muy pocos asesores que deben atender un gran número de casos³⁹.

Dadas las limitaciones de la asistencia legal de la Secretaría de la OMC y la urgente necesidad de contar con una herramienta eficaz en este aspecto, Colombia y Holanda lideraron una iniciativa para crear el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL)⁴⁰, y fue así como 29 miembros de la OMC decidieron crear

39 Al respecto, países miembros como Venezuela han indicado la necesidad de aumentar el número de asesores legales de la Secretaría y han propuesto otras opciones como la creación de un fondo para realizar convenios con firmas privadas, con el fin de aumentar la capacidad legal de los PVD (Delich, 2002, p. 74).

40 Colombia y Holanda tomaron la iniciativa de establecer el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, que comenzó a funcionar en octubre de 2001 (OMC, 2001, 13 de noviembre; 11 de noviembre).

esta nueva Organización. Su creación se llevó a cabo en Seattle, el 1 de diciembre de 1999, a través de la firma del “Acuerdo por el cual se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC”⁴¹. Este centro es una organización internacional independiente de la OMC, con sede en Ginebra.

El ACWL funciona como una oficina legal especializada en derecho de la OMC, que brinda asesoría legal en materia de solución de diferencias a los PVD miembros⁴² de la OMC y a las economías en transición, representando al miembro correspondiente en un procedimiento de solución de diferencias, para lo cual es necesario pagar unas sumas que dependen del nivel de desarrollo del país y de su calidad o no de miembro del Centro.

Los PMA que sean miembros de la OMC o que estén en proceso de adhesión a la Organización pueden hacer uso de los servicios que presta el Centro sin necesidad de constituirse en miembros de este.

Aunque el ACWL es una herramienta muy útil para los PVD⁴³, su acompañamiento se produce principalmente durante la participación en las controversias, pero no interviene en la etapa anterior a ellas, consistente en el monitoreo de las medidas que tomen los miembros de la OMC que resulten incompatibles con los acuerdos de la Organización, y en la recolección de información que podría dar lugar a la presentación de una reclamación (Bown & McCulloch, 2009).

En la creación de este Centro fue importante el aporte de Claudia Orozco, Ministra Consejera de la Misión Permanente de Colombia ante la OMC entre 1994 y 2000. Esta delegada colombiana presentó el proyecto de propuesta sobre el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC a Holanda, el Reino Unido y Noruega, y lideró las consultas con un grupo informal de miembros. Como resultado, se obtuvo una propuesta que se ofreció a todos los miembros de la OMC (Delich, 2002, p. 75).

El Centro de Asesoría Legal es más conocido por su denominación y siglas en inglés: Advisory Centre on WTO Law (ACWL). El Centro cuenta con 40 miembros, 10 de los cuales son miembros desarrollados de la OMC y los 30 restantes son PVD. Además, los PMA tienen el derecho a contar con la asesoría del ACWL aunque no sean miembros del mismo (ACWL, 2010).

41 En marzo del 2000, el Acuerdo había sido firmado por 9 países industrializados y 22 países en desarrollo. Finalmente, su entrada en vigor se produjo en julio de 2001 y la apertura oficial del Centro se realizó el 5 de octubre del mismo año.

42 Incluyendo en esta categoría tanto PVD como PMA.

43 Para un análisis detallado de la contribución del ACWL a la participación de los PVD en el SSD de la OMC ver: Bown & McCulloch (2009).

La identificación de medidas incompatibles con la OMC y la recolección de información constituyen el momento en el que los PVD requieren mayor capacidad y recursos humanos disponibles, y por ello se ha dicho que una división de la Secretaría de la OMC, o un ente independiente, debería brindar asistencia en este momento crucial previo a la presentación de una solicitud de celebración de consultas (Shaffer, 2005b).

Por lo anterior, es necesario reforzar la Secretaría de la OMC para que cumpla a cabalidad su función de brindar asistencia técnica y creación de capacidad. Esta tarea no es nada fácil por la existencia de intereses contrapuestos al interior de la OMC. De un lado, los países desarrollados, donantes de los recursos para el funcionamiento de los programas de asistencia técnica, esperan que la Secretaría privilegie sus posiciones; y de otro lado, los PVD esperan una asesoría que responda a sus necesidades de asistencia, y esta función se ve limitada por el deber de imparcialidad que la Secretaría tiene a su cargo⁴⁴.

3. El panorama general de las normas sobre trato especial y diferenciado en el Entendimiento de Solución de Diferencias

Como se acaba de observar, y teniendo en cuenta un estudio realizado por ALAVI, hasta el año 2007 solo algunas de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado reguladas en el ESD habían sido invocadas y efectivamente aplicadas, como las reguladas en los artículos 12.10, 12.11, 21.2 y 24.1 del ESD (Alavi, 2007). Las disposiciones son criticadas por su escasa operatividad, por su redacción en términos imprecisos, por la indefinición de sus destinatarios, y por su falta de obligatoriedad y su carácter incoercible.

Para superar la dificultad se ha sugerido reforzar el carácter obligatorio de las normas sobre trato especial y diferenciado que existen en el ESD⁴⁵ ya que, como

44 Para un análisis detallado de este tema, ver: Shaffer (2005a, p. 643-686).

45 Sobre el modo como deben reforzarse estas disposiciones existen propuestas formuladas por los PVD. Por ejemplo, se ha sugerido que se permita mayor tiempo a los PVD para entregar sus escritos a los grupos especiales. Sin embargo, hay quienes sostienen que seguramente los miembros desarrollados

se indicó, algunas de ellas no son obligatorias y otras se reducen a obligaciones de comportamiento, más que de resultado. Se insiste en esto, pues tal y como están las cosas existe la sensación de que la efectividad de las normas sobre trato especial y diferenciado a favor de los PVD miembros depende de la voluntad de otros miembros de la OMC, o de algunos de sus órganos, pero no de la coercibilidad que debe caracterizar a las normas jurídicas⁴⁶. Adicionalmente, estas normas de “*soft law*”, o incoercibles, no garantizan el objetivo del SSD de la OMC que es aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio (art. 3.12 ESD).

El mejoramiento de las normas sobre trato especial y diferenciado reguladas en el ESD se enmarca en el mandato de Doha. En la Declaración Ministerial de Doha (OMC, 2001, 9 – 14 de noviembre) se encargó al Comité de Comercio y Desarrollo la labor de examinar todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado “con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas”, y esto incluye las disposiciones del ESD.

No obstante, uno de los problemas que enfrenta la reforma de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado en los Acuerdos de la OMC es el de la definición de “países en desarrollo”, pues dentro de esta categoría se agrupan todos los miembros que se autocalifiquen como tales. Esto da a lugar a que miembros como Brasil o China (primer exportador mundial desde 2009), grandes economías e importantes actores en el comercio mundial, busquen beneficiarse de las normas sobre trato especial y diferenciado. Situaciones como esta llaman la atención de los miembros desarrollados, que son poco partidarios de que se otorgue trato especial y diferenciado a todos los PVD.

se opondrán a estas propuestas porque según ellos la ley se debe aplicar a todos por igual (Mukerji, 2000, p. 70).

46 En este sentido, se comparte la posición de Olivares, quien sostiene que no es lógico que existan estas normas incoercibles, pues en 1994 se reforzó el sistema GATT con el ESD integrado y obligatorio, pero no se hizo lo mismo con las normas sobre trato especial y diferenciado a favor de los PVD y los PMA, a los cuales se les sigue tratando igual que en el sistema anterior, que era basado en el poder y no en el derecho. Según este autor los débiles de antes lo son aún más hoy, porque no se reforzaron las normas que pretenden dar equilibrio al sistema. Así que a la desigualdad material, es decir, la que se refiere al nivel de desarrollo, se suma la desigualdad ante la ley, porque las normas del ESD no garantizan el principio de igualdad ante la ley a los PVD miembros (Olivares, 2001, p. 550).

De otro lado, algunas sugerencias para mejorar la participación de los PVD en el procedimiento de solución de diferencias van en un sentido totalmente distinto, pues no se encuentra mérito ni en reforzar las disposiciones existentes en el ESD ni en agregar otras nuevas⁴⁷. Quienes sostienen esta postura asumen que el problema de los PVD no es la falta de obligatoriedad del derecho de la OMC, sino la falta de recursos financieros y de experiencia en derecho del comercio internacional para hacer frente al legalismo del ESD.

Se ha discutido ampliamente acerca de la capacidad que tienen los PVD para participar efectivamente como reclamantes o demandados en el SSD, pues aunque el artículo 27 del ESD regula la asistencia técnica para ellos, esta no tiene como objetivo llevar a cabo la representación de estos países en casos específicos⁴⁸. Por ello, la mejor solución para los PVD, hacia la que deben dirigirse todos los esfuerzos posibles es la de aumentar la asistencia técnica y financiera para ellos.

Esta posición ha sido defendida por Roessler (2004, p. 90), y es la que se comparte después de haber realizado este análisis. La experiencia de Colombia en el SSD de la OMC, aunque no ha sido analizada en este artículo⁴⁹, corrobora que algunas de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado, particularmente en el ESD, poco o nada ayudan a mejorar el desempeño de los PVD en el SSD, pues ni siquiera son invocadas por sus potenciales interesados. Disposiciones como las que amplían plazos para presentar alegaciones, por ejemplo, no facilitan la participación y, por el contrario, podrían dar lugar a dilaciones en el procedimiento que perjudican a la industria doméstica o a los propios consumidores.

La mejor forma de contribuir a que los PVD puedan hacer un uso eficaz del SSD de la OMC es creando la capacidad necesaria para que sean ellos mismos quienes defiendan sus intereses de la mejor forma posible; pero mientras esto

-
- 47 Se argumenta que la solución no es reforzar o agregar disposiciones porque son los mismos PVD quienes se abstienen de invocar las normas sobre trato especial y diferenciado. Se dice que aunque en las negociaciones pretendan la inclusión de esas normas en los acuerdos de la OMC, en la práctica buscan la igualdad formal (Roessler, 2004, p. 89).
- 48 La asesoría legal usualmente proviene de firmas legales a costo considerable, aunque el ACWL proporciona asistencia a costo subvencionado (Tussie & Lengyel, 2002, p. 487).
- 49 Esta experiencia, sin embargo, fue objeto de análisis en la investigación doctoral titulada: *Colombia y el Sistema de Solución de Controversias de la OMC*.

ocurre, se les debe brindar la asistencia jurídica necesaria para hacer una correcta defensa en las disputas en las que intervienen, sea a través de la Secretaría de la OMC, solucionando los inconvenientes que mencionamos con antelación, o a través de otras organizaciones independientes como el ACWL.

Un ejemplo claro de esta situación lo constituye el caso de Colombia. En contraste con la reticencia por parte de este miembro a invocar las disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los PVD reguladas en el ESD, vale la pena destacar el uso reiterado que ha hecho del ACWL desde su creación⁵⁰, el cual pone de manifiesto que lo que persigue el país es el mejoramiento de la asistencia técnica y el fortalecimiento de la capacidad legal en temas de la OMC al interior del Gobierno, más que el trato de favor por su condición de país en desarrollo.

Conclusión

Del análisis de las normas sobre trato especial y diferenciado a favor de los PVD consagradas en el ESD de la OMC, que se acaba de realizar, se desprende la conclusión que se desarrolla a continuación.

A pesar de que el ESD incluye disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los PVD y, especialmente, de los PMA, se trata de normas poco operativas, que no garantizan una mayor y mejor participación a los países beneficiarios de este trato de favor:

Los estudios existentes acerca de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado a favor de los PVD reguladas en el ESD (realizados por académicos, por delegados de estos países, y por la propia Secretaría de la OMC), coinciden en que se trata de normas poco operativas, en su mayoría no obligatorias, redactadas en términos de “*soft law*”, cuyo contenido es bastante impreciso. Esto ha dado lugar a que se insista en la necesidad de reformar estas disposiciones para dotarlas del carácter coercible del que carecen.

50 Colombia ha recurrido al ACWL en varias oportunidades, actuando tanto en calidad de reclamante como de demandado.

Sin embargo, la mejor forma de asegurar una mayor y mejor participación de los PVD y, especialmente, de los PMA, en el SSD de la OMC, no es a través de procedimientos más flexibles, ni de plazos más amplios para presentar escritos, que es a lo que se dirigen comúnmente las normas sobre trato especial y diferenciado.

Este tipo de privilegios son vistos con recelo hasta por los propios PVD, que se niegan a hacer uso de estas ventajas y casi nunca invocan las disposiciones que las regulan; y gozan de poca aceptación también entre los miembros desarrollados, especialmente cuando quienes persiguen su aplicación son grandes actores del comercio internacional, que se autodefinen como PVD, como Brasil o China. Además, este trato de favor no garantiza una mayor y mejor participación a la mayoría de los PVD.

El trato especial y diferenciado a favor de los PVD en el ámbito del SSD debe orientarse hacia el mejoramiento de la asistencia técnica, pues la que brinda actualmente la Secretaría de la OMC no cubre las necesidades de estos países, y también hacia la creación de la capacidad necesaria para que los PVD hagan un uso efectivo del sistema y se beneficien de todas sus ventajas.

La asistencia técnica y la creación de capacidad son las mejores herramientas que se pueden poner a disposición de los PVD para que superen dos de los principales problemas que les impiden hacer un mayor y mejor uso del SSD de la OMC: la falta de recursos humanos capacitados, y la falta de recursos económicos para costear la asesoría jurídica externa.

En el caso concreto de Colombia, la invocación de un par de estas disposiciones especiales en tan sólo dos eventos, desde 1995, demuestra la reticencia de este miembro a ser objeto de un trato “teóricamente” más favorable que el recibido por los miembros desarrollados en el SSD.

Referencias

Advisory Center on WTO Law (ACWL). (2010). *Members: Introduction*. Recuperado de <http://www.acwl.ch/e/members/members.html>

- Ademola, T. (2002). Special and Differential Treatment. En Hoekman, B., Mattoo, A & English, P. (Eds.), *Development, trade, and the WTO: A Handbook* (pp. 504-508). Washington, D.C.: The World Bank.
- Alavi, A. (2007). On the (Non-) Effectiveness of the World Trade Organization Special and Differential Treatments in the Dispute Settlement Process. *Journal of World Trade*, 41 (2), 319-349.
- Bown, C. P. (2005). Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, Interested Parties, and Free Riders. *World Bank Economic Review*, 19 (2), 287-310.
- Bown, C. P. & McCulloch, R. (2009). *Developing Countries, Dispute Settlement, and the Advisory Centre on WTO Law*. Recuperado de <http://people.brandeis.edu/~rmccullo/wp/ACWL0309.pdf>
- Busch, M. L. & Reinhardt, E. (2003). Developing Countries and General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization Dispute Settlement. *Journal of World Trade*, 37 (4), 719-735.
- Busch, M. L. Reinhardt, E. & Shaffer, G. C. (2008). *¿Does Legal Capacity Matter? Explaining Patterns of Protectionism in the Shadow of WTO Litigation*. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091435
- Busch, M. L., Reinhardt, E., & Shaffer, G. (2008). *¿Does Legal Capacity Matter? Explaining Dispute Initiation and Antidumping Actions in the WTO. ICTSD Project on Dispute Settlement Series, Issue Paper N°. 4*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD).
- _____. (2009). *¿Does Legal Capacity Matter? A survey of WTO Members*. *World Trade Review*, 8 (4), 559-577.
- Davis, C. L. & Bermeo, S. B. (2009). *¿Who Files? Developing Country Participation in GATT/WTO Adjudication*. *The Journal of Politics*, 71 (3), 1033-1049.
- Delich, V. (2002). Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System. En B. Hoekman, B., Mattoo, A. & English, P. (Eds.), *Development, trade, and the WTO: A Handbook* (pp. 71-80). Washington, D.C.: The World Bank, cop.
- Ewart, A. M. (2007). Small Developing States in the WTO: A procedural approach to special and differential treatment through reforms to dispute settlement. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 35, 27-76.
- Footer, M. E. (2001). Developing Country Practice in the Matter of WTO Dispute Settlement. *Journal of World Trade*, 35 (1), 55-98.
- García, F. J. (2004). Beyond Special and Differential Treatment. *Boston College International & Comparative Law Review*, 27, 291-317.
- GATT. (1966). Partes Contratantes. *Decisión de 5 de abril de 1966 sobre el procedimiento previsto en el artículo XXIII del GATT*. IBDD S14/20.
- Guzmán, A. & Simmons, B. (2005). Power Plays and Capacity Constraints: The Selection of Defendants in World Trade Organization Disputes. *Journal of Legal Studies*, 34, 557-598.

- Hoekman, B. M. & Mavroidis, P. C. (2000). WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance. *The World Economy*, 23 (4), 527-542.
- Horlick, G. & Mizulin, N. (2005). Los países en desarrollo y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. *Integración & Comercio*, (23), 137-146.
- Hudec, R. E. (1993). *Enforcing International Trade Law: The evolution of the Modern GATT Legal System*. Salem, N.H.: Butterworth Legal Publishers.
- Lacarte-Muró, J. & Gappah, P. (2000). Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A view from the bench. *Journal of International Economic Law*, 3 (3), 395-401.
- Mangeni, F. (2003). Strengthening Special and Differential Treatment in the WTO Agreements: Some Reflections on the Stakes for African Countries. *Sustainable Development and Trade Issues. ICTSD Resource*, Paper No. 4. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). Recuperado de http://ictsd.org/downloads/2008/04/mangeni_2003_english.pdf>
- Michalopoulos, C. (2000). The Role of Special and Differential Treatment for Developing Countries in GATT and the World Trade Organization. *World Bank Policy Research Working Paper* No. 2388, 1-43. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=630760
- Montaña, M. (1997). *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT: Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U.
- Moonhawk, K. (2008). Costly Procedures: Divergent Effects of Legalization in the GATT/WTO Dispute Settlement Procedures. *International Studies Quarterly*, 52 (3), 657-686.
- Mukerji, A. (2000). Developing Countries and the WTO Issues of Implementation. *Journal of World Trade*, 34 (6), 33-74.
- Nottage, H. (2009). Trade and Development. En Bethlehem, D. L., McRae, D., Neufeld, R. & van Damme, I. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law* (pp. 481-503). New York: Oxford University Press.
- Olivares, G. (2001). The Case for Giving Effectiveness to GATT/WTO Rules on Developing Countries and LDCs. *Journal of World Trade*, 35 (3), 545-551.
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (1996, 5 de agosto). Órgano de Solución de Diferencias. *Acta de la reunión celebrada en el Centro William Rappard el 15 y el 16 de julio de 1996*. Documento WT/DSB/M/21.
- _____. (1998, 7 de enero). *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Arbitraje en virtud del párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Laudo del Árbitro Said El-Naggar*. Documento WT/DS27/15.

- _____. (2000, 24 de marzo). *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*. Documento WT/DS27/ARB/ECU.
- _____. (2000, 23 de mayo). *Chile – Impuestos a las bebidas alcohólicas. Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Laudo del Árbitro Florentino Feliciano*. Documento WT/DS87/15, WT/DS110/14.
- _____. (2001, 31 de agosto). *Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Laudo del Árbitro Florentino P. Feliciano*. Documento WT/DS155/10.
- _____. (2001, 21 de septiembre). *Nota de la Secretaría al Comité de Comercio y Desarrollo. Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*. Documento WT/COMTD/W/77/Rev.1.
- _____. (2001, 20 de noviembre). *Conferencia Ministerial. Cuarto período de sesiones. Doha, 9 – 14 de noviembre de 2001. Declaración Ministerial adoptada el 14 de noviembre de 2001*. Documento WT/MIN(01)/DEC/1.
- _____. (2001, 11 de noviembre). *Conferencia Ministerial. Cuarto período de sesiones. Doha, 9 – 13 de noviembre de 2001. Países Bajos. Declaración del Excmo. Sr. Gerrit Ybema, Ministro de Comercio Exterior*. Documento WT/MIN(01)/ST/57.
- _____. (2001, 21 de diciembre). *Nota de la Secretaría al Comité de Comercio y Desarrollo, Addendum. Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*. Documento WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.2.
- _____. (2002, 4 de febrero). *Nota de la Secretaría al Comité de Comercio y Desarrollo, Addendum. Disposiciones no Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*. Documento WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3.
- _____. (2002, 25 de octubre). *Nota de la Secretaría al Comité de Comercio y Desarrollo. Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*. Documento WT/COMTD/W/77.
- _____. (2005, 3 de marzo). *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (Upland). Informe del Órgano de Apelación*. Documento WT/DS267/AB/R.
- _____. (2006, 23 de febrero). *India – Medida antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh. Notificación de la solución mutuamente satisfactoria*. Documentos WT/DS306/3, G/L/669/Add.1 y G/ADP/D52/2.

- _____. (2010a). *Entender la OMC: La Organización. Miembros y observadores*. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm
- _____. (2010b). *Entender la OMC: La Organización. Países menos adelantados*. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org7_s.htm
- _____. (2010c). *Entender la OMC: Países en desarrollo. Panorama general*. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/dev1_s.htm
- Palmeter, D. & Mavroidis, P. C. (2004). *Dispute settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure* (2a Ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pérez, J. L. (2001). Developing Countries in the WTO Dispute Settlement Procedures: Improving their Participation. *Journal of World Trade*, 35 (4), 483-488.
- Piérrola, F. (2008). *Solución de Diferencias ante la OMC: Presente y perspectivas*. Londres: Cameron May.
- Roessler, F. (2004). Special and Differential Treatment of Developing Countries under the WTO Dispute Settlement System. En Ortino, F. & Petersmann, E.-U. (Eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995 - 2003* (pp. 87-90). The Hague: Kluwer Law International.
- Shaffer, G. (2005a). ¿Can WTO Technical Assistance and Capacity-Building Serve Developing Countries? *Wisconsin International Law Journal*, 23 (4), 643-686.
- _____. (2005b). The role of the Director-General and Secretariat: Chapter IX of the Sutherland Report. *World Trade Review*, 4 (3), 429-438.
- _____. (2009). Developing Country Use of the WTO Dispute Settlement System: Why it Matters, the Barriers Posed. En Hartigan, J. (Ed.), *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An interdisciplinary assessment* (Vol. 6, pp. 167-190). Emerald Group Publishing Ltd.
- Smith, J. (2004). Inequality in international trade? Developing countries and institutional change in WTO dispute settlement. *Review of International Political Economy*, 11 (3), 542-573.
- Tussie, D. & Lengyel, M. F. (2002). Developing Countries: Turning Participation into Influence. En Hoekman, B., Mattoo, A. & English, P. (Eds.), *Development, trade, and the WTO: A Handbook* (pp. 485-492). Washington D.C.: The World Bank, cop.
- Wang, L. (1995). Some Observations on the Dispute Settlement System in the World Trade Organization. *Journal of World Trade*, 29 (2), 173-178.
- World Trade Organization (2004). *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Zangl, B. (2008). Judicialization Matters! A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO. *International Studies Quarterly*, 52 (4), 825-854.