

“Por qué las iniciativas de las declaraciones conjuntas carecen de legitimidad jurídica en la OMC”

Respuesta a Hamid Mamdouh, “Negociaciones plurilaterales y resultados en la OMC”
(21 de abril de 2021)

22 de junio de 2021

Por Jane Kelsey, Profesora de Ley, Universidad de Auckland, Nueva Zelanda

Documento entero original en inglés:

https://ourworldisnotforsale.net/2021/Kelsey_JSI_legitimacy.pdf

En abril de 2021, un comentario jurídico emitido por el ex director de la división de comercio de servicios e inversiones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y actual asesor principal del bufete ginebrino de abogados King & Spalding fue circulado entre algunos miembros de la OMC. Ese comentario ofrece argumentos jurídicos de respaldo a las negociaciones plurilaterales para la aprobación de nuevas normas en la OMC, aunque evita hacer referencia específica a los procesos actuales asociados a las ‘iniciativas conjuntas’ (JSI, por sus siglas en inglés).

El presente documento es una respuesta y refutación de dicho comentario. Se refiere específicamente a la negociación plurilateral de normas, a diferencia de las listas de consolidaciones arancelarias incluidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y los compromisos específicos sobre los sectores de servicios contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). El documento solamente aborda cuestiones relativas a la legitimidad procedimental, no a las preocupaciones sustanciales igualmente polémicas acerca de lo que se está negociando actualmente en las iniciativas conjuntas sobre el comercio electrónico, la reglamentación nacional de los servicios y la facilitación de las inversiones.

Resumen

Las discusiones sobre negociaciones plurilaterales en el marco de la OMC no pueden ser “**políticas en primera instancia**” tal como sugiere Hamid Mamdouh en la conclusión de su comentario.¹

Como organización internacional, la OMC debe proceder dentro de los parámetros del instrumento jurídico que la constituyó, es decir, el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Las discusiones sobre negociaciones plurilaterales en el marco de la OMC, incluidas las 'iniciativas conjuntas' actuales (JSI) deben ser **“jurídicas en primer orden”**.

Si los Miembros deciden colectivamente que el acuerdo constitutivo y/u otras normas jurídicas no son adecuados para lograr una visión compartida y deben modificarse, ellos mismos deben **acordar colectivamente** esos cambios e **implementarlos colectivamente conforme a las normas vigentes**. Si el significado de las disposiciones pertinentes se pone en cuestión, únicamente los Miembros de forma colectiva pueden hacer una interpretación autorizada. Un conjunto autoseleccionado de Miembros no puede lanzarse por su cuenta y hacer su propio camino y luego ofrecer justificaciones endebles a posteriori con la esperanza de que sea demasiado tarde o demasiado difícil impugnar la legalidad de lo que han hecho.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es clara: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su **objeto y fin**”.ⁱⁱ Si el objeto de las 'iniciativas conjuntas' es **“restablecer la funcionalidad del brazo negociador de la OMC”** como afirma Mamadouh,ⁱⁱⁱ deben hacerlo de conformidad con el objeto de la Organización establecido en el Acuerdo de Marrakech, es decir, desarrollar **“un sistema multilateral de comercio integrado, más viable”** entre sus miembros,^{iv} sobre la base de sus principios fundamentales de multilateralismo, reciprocidad, liberalización del acceso al mercado, no discriminación, toma de decisiones por consenso y el acervo en materia de desarrollo.

Necesariamente, existen **distintas normas con relación a los procedimientos y la adopción de los resultados sustanciales de las negociaciones de la OMC**.^v Sin embargo, el inicio y conclusión de las negociaciones están orgánicamente, y a menudo formalmente, vinculados. La puesta en marcha y alcance de cualquier negociación, y los resultados y mecanismos para su adopción, están sujetos a los parámetros establecidos por los instrumentos jurídicos de la OMC y sus objetivos y principios.

El Acuerdo de Marrakech prevé negociaciones únicamente si se realizan **entre los miembros de la OMC**, si se refieren a acuerdos vigentes o a la realización de negociaciones sobre nuevos asuntos **vinculados con las relaciones comerciales multilaterales de los Miembros**, y si son **mandatadas** directa o indirectamente por la **Conferencia Ministerial**. Las negociaciones para acuerdos **plurilaterales** en la OMC, distintos de los acuerdos multilaterales están sujetas a otras normas diferentes en el Acuerdo de Marrakech y solamente pueden aprobarse por consenso, lo cual refleja su condición de excepcionales dentro de una organización

multilateral. No existe una tercera opción para la negociación plurilateral de nuevas normas entre un subconjunto de Miembros, incluso aunque se propongan aplicarlas con arreglo al principio de nación más favorecida (NMF).

Las referencias a modalidades plurilaterales de negociación en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) se enmarcan exclusivamente en el contexto de una ronda de negociación multilateral y no autorizan negociaciones plurilaterales independientes. Si lo hicieran, **no habría sido necesario que las negociaciones plurilaterales para el Acuerdo de Comercio de Servicios (TiSA)** se llevaran a cabo por fuera de la OMC, no existiendo una vía clara para volver a exportarlas posteriormente a la OMC.

Las normas relativas a la **adopción de los resultados** de las negociaciones en la OMC se especifican indistintamente en las disposiciones sobre **enmiendas** al Acuerdo de Marrakech, en sus acuerdos anexados, y en mandatos u otros instrumentos adoptados por la Conferencia Ministerial o el Consejo General u órganos delegados, incluidas decisiones referidas a la modificación de las **listas** en el marco del GATT y el AGCS.

Un “repasso diagnóstico” de cómo se han llevado a cabo históricamente las negociaciones plurilaterales sobre normas^{vi} muestra que las negociaciones sobre los servicios financieros, la reglamentación de los servicios básicos de telecomunicaciones, y los servicios de transporte marítimo que prosiguieron luego de concluida la Ronda Uruguay, lo hicieron habiendo obtenido mandatos multilaterales supervisados por órganos de la OMC designados. Los procesos para llevarlas a cabo y las modalidades para su implementación fueron especificados en decisiones por consenso.

Las negociaciones que se han llevado a cabo en la OMC desde su creación han sido: la integral e inconclusa Ronda de Doha de negociaciones multilaterales mandatada por la Conferencia Ministerial; un Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio (AFC) que fue mandatado explícitamente por la Conferencia Ministerial y adoptado como enmienda al Acuerdo de Marrakech; negociaciones específicas derivadas de mandatos vigentes del AGCS y el Acuerdo sobre la Agricultura; y un Acuerdo sectorial sobre Tecnología de la Información (ATI) que se concluyó entre algunos Miembros que modificaron sus listas de aranceles en el GATT sin pretender enmendar ninguna norma del GATT.

La posibilidad que tienen los Miembros de **implementar los resultados de las negociaciones mediante la modificación de las listas^{vii}** se limita al ámbito jurídico de dichas listas, o sea a las concesiones arancelarias en el GATT, y a los compromisos en sectores específicos de servicios en el AGCS. Tal mecanismo no permite la adopción de normas generales en las listas. Cualquier norma general nueva debe figurar en el lugar que corresponde del texto del Acuerdo del que se

trate y debe someterse al proceso de enmienda establecido en el Acuerdo de Marrakech.

Por lo tanto, hasta qué punto las normas de la OMC “**brindan flexibilidad** para dar cabida a diversas modalidades de negociación”,^{viii} y en qué medida un “enfoque plurilateral de las negociaciones de la OMC sigue siendo una **herramienta jurídicamente viable y útil**”,^{ix} no son preguntas abiertas con respuestas indeterminadas. Cuando no hay acuerdo acerca de la interpretación del alcance de las disposiciones de las que se trate, y sobre si dichas disposiciones permiten tales negociaciones y la adopción de sus resultados, el asunto debe resolverse con arreglo al mecanismo de **interpretaciones autorizadas** por los Miembros dispuesto en el Artículo IX.2 del Acuerdo de Marrakech. La índole y el alcance de la “flexibilidad” no pueden ser determinados por un conjunto autoseleccionado de miembros de la OMC que actúan por cuenta propia.

Los promotores de las ‘iniciativas conjuntas’ sostienen que dicho enfoque no perjudicará a ningún Miembro no participante porque implica un “**plurilateralismo abierto basado en el principio de NMF**”. El “plurilateralismo abierto” tiene en cuenta uno de los pilares centrales de la OMC: el trato igualitario a todos los Miembros de la OMC. Pero **erosiona el principio fundacional del multilateralismo de la OMC** según el cual todos los Miembros de la OMC pueden, al menos en teoría, promover y proteger sus intereses estableciendo normas mundiales conjuntamente. Si se permite que subconjuntos de Miembros elaboren sus propias normas según sus propios términos y en base a una interpretación interesada de las disposiciones jurídicas pertinentes, la OMC deja de ser una institución multilateral y se transforma en un vehículo para que esos Miembros reconfiguren el libro de normas mundial para ponerlo al servicio de sus propios intereses. Cualquier conjunto de Miembros podría eludir los procesos multilaterales de la OMC, anunciar que está iniciando negociaciones sobre un tema que puede tener poca relación genuina con el “comercio”, y adoptar las normas resultantes con arreglo al “plurilateralismo abierto”, incluso aunque una cantidad significativa de Miembros se opongan.

Aceptar esta modalidad como lícita **socavaría gravemente** otro postulado fundacional de la OMC: que (al menos en teoría) sus normas mundiales reflejan el **acervo en materia de desarrollo**. El “plurilateralismo abierto” es esencialmente un dispositivo para eludir los reclamos de los países en desarrollo a favor de reequilibrar las normas, obligaciones y compromisos de la OMC, que fue lo que se les prometió en la ahora moribunda Ronda de Doha “para el desarrollo”, y para promover y hacer avanzar los intereses ofensivos e ideológicos más que nada de los países desarrollados. A pesar de las referencias retóricas a “para el desarrollo” en algunas de las ‘iniciativas conjuntas’, los borradores disponibles de los textos demuestran que son impulsadas por las agendas y antecedentes de los países desarrollados, con muy poca incidencia de los países en desarrollo ni sensibilidad respecto de sus necesidades. Si las ‘iniciativas conjuntas’ se legitiman, la voz del

Sur global, ya descartada en la Ronda de Doha paralizada, quedará incluso más marginada en la OMC.

Los defensores de las ‘iniciativas conjuntas’ no deberían subestimar el **riesgo de impugnaciones a la legitimidad jurídica de esas negociaciones y sus resultados** en los Consejos y comités de la OMC pertinentes, a los intentos de validarlas en la Declaración Ministerial de la decimosegunda Conferencia Ministerial mediante el uso indebido de las listas del AGCS, o argumentando incumplimiento de normas fundamentales establecidas en el Acuerdo de Marrakech y otros acuerdos anexados, especialmente el AGCS. Eso profundizaría las fisuras ya existentes en la OMC y **socavaría aún más la legitimidad de esta organización internacional en crisis.**

ⁱ Hamid Mamdouh, “Plurilateral Negotiations and Outcomes in the WTO”, King & Spalding, 16 de abril de 2021 en [38]

ⁱⁱ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 UNTS 331, adoptada el 23 de mayo de 1969, que entró en vigencia el 27 de enero de 1980, artículo 31

ⁱⁱⁱ Mamdouh en [5]

^{iv} Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, concluido en Marrakesh el 15 de octubre de 1995, que entró en vigencia el 1 de enero de 1995, 1867 UNTS 154, Preámbulo.

^v Mamdouh en [3]

^{vi} Mamdouh en [4d]

^{vii} Mamdouh, especialmente en [31]

^{viii} Mamdouh en [4a)]

^{ix} Mamdouh en [4e)]