

Prevalencia de las normas del sistema multilateral de comercio respecto de las normas comerciales chinas

Prevalence the multilateral trade system norms in regards to chinese trade standards

BLANCA YAQUELIN ZENTENO TREJO
ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ

RESUMEN

La naturaleza híbrida y compleja del sistema jurídico chino y su actual conexión comercial internacional lo hacen digno de estudio. Por lo anterior, en este artículo se realiza una revisión de nueve casos registrados entre 2006-2014, de China como "demandado" ante el Órgano de Solución de Diferencias, de la OMC, para demostrar la prevalencia por incompatibilidad de los acuerdos abarcados por este organismo, con distintos instrumentos jurídicos de China. Las interpretaciones y constataciones jurídicas ante el Órgano confirman esta prevalencia. El enfoque es normativo, con ayuda de los métodos analítico y deductivo.

Palabras clave: incompatibilidad, sistema jurídico chino, sistema multilateral de comercio.

ABSTRACT:

The hybrid and complex nature of the Chinese legal system and its current international commercial connection by itself gives grounds for this study. Therefore, this paper will review 9 cases that took place between 2006-2014, China was accused before the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO, to demonstrate the prevalence of incompatibility of the agreements covered by this body, with different legal concepts from China. The Interpretations and legal findings before the DSB confirm this prevalence. The approach used is normative, carried on by analytical and deductive methods.

Keywords: Incompatibility, Chinese legal system, multilateral trading system.

*Artículo de Investigación recibido el 25/3/19 y aceptado el 31/7/19

**Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México) (byzentenotrejo@hotmail.com) orcid.org/0000-0001-7506-9596

***Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México) (osorno71@hotmail.com) orcid.org/0000-0002-4269-195X

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aspectos relevantes del derecho en China y su adhesión a la OMC / 3. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC y status litigioso de China / 4. Incompatibilidades constatadas por los GE y el órgano de apelación / 5. Conclusiones / 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Las normas que rigen el comercio internacional forman parte del objeto de estudio del Derecho Internacional Público (DIP). Su abordaje en este documento nos acerca a dos niveles normativos: las normas nacionales chinas y las del sistema multilateral de comercio (SMC). La teoría monista afirma que el orden jurídico internacional prevalece respecto a las normas nacionales; sin embargo, esta afirmación depende de la interpretación normativa del tribunal competente.

El sistema jurídico comercial chino es dinámico y cambiante, características que se acentuaron tras su ingreso a la OMC. China es uno de los principales actores del comercio mundial —además de los Estados Unidos de América y la Unión Europea—, lo que la obliga a mantener un sistema normativo armonizado con el resto de sus socios comerciales.

En el marco de su comercio internacional dentro del SMC, China ha participado en 226 casos o diferencias (DS), en 43 ocasiones como “demandado”, 22 veces como “reclamante” y 163 veces como “tercero”, ya sea por infringir un acuerdo multilateral o porque algún miembro infringió un acuerdo en su perjuicio.¹

La hipótesis planteada afirma la prelación de las normas del SMC respecto a las normas comerciales chinas por *incompatibilidad*. Existe una desarmonización total o parcial sustantiva y adjetiva de las normas chinas con los acuerdos abarcados por la OMC.

Se revisan 9 DS, sustanciadas ante el OSD entre 2006 y 2014, de China como demandado. Se resaltan las principales interpretaciones de los Grupos Especiales (GE) y del Órgano de Apelación. Se excluyen de la revisión las DS de

¹ Los datos son resultado de un conteo manual hecho el 15 de diciembre de 2018, con información obtenida de OMC, *Lista cronológica de las diferencias*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

China como “reclamante” las DS en proceso y las terminadas como solución mutuamente satisfactoria.

Las incompatibilidades de la normativa china son comprensibles porque atienden a un contexto de economía planificada con métodos capitalistas frente a un proteccionismo capitalista, principalmente de países desarrollados.²

Este escrito está organizado en tres apartados. En la primera parte se reseñan algunos aspectos característicos del derecho chino y el proceso de adhesión de China a la OMC. En la segunda parte se describen los objetivos del mecanismo de solución de diferencias y el *status* litigioso de China en el SSD. En el tercer apartado se abordan las interpretaciones y constataciones de incompatibilidad realizadas por los GE y el Órgano de Apelación.

Este documento puede constituir una fuente de consulta académica para países de habla hispana. Cada informe crea expectativas legítimas entre los miembros de la OMC.

2. ASPECTOS RELEVANTES DEL DERECHO EN CHINA Y SU ADHESIÓN A LA OMC

La comprensión y asimilación del sistema jurídico chino en razón de su naturaleza híbrida ha sido compleja para países con origen en la tradición romanística y del *common law*. China pudo vivir durante siglos sin una organización jurídica. El Confucionismo sustituyó la ley, y fue el estatuto de vida para los chinos (hasta el siglo xx). La ley ocupó sólo una función complementaria.

La imposición del régimen de las potencias occidentales en China (derrota de la dinastía Qing 1840-1860) propició el cuestionamiento del Confucionismo (1911), y con el advenimiento de la República Popular Comunista (RPC), en 1949, los intelectuales chinos exigieron la reforma de su régimen jurídico con la adopción del modelo de codificación europeo.³

El Derecho chino se europeizó, se aproximó a la familia del Derecho romano-germánico, pero fue constantemente confrontado con los cánones confucionistas. La resistencia al cambio, la duplicidad y desconocimiento de las

² Las dificultades durante la revisión fueron: 1) la extensión y estilo narrativo-resolutivo de los informes de los GE, 2) las inconformidades de traducción e interpretación de las normas chinas realizadas al interior del OSD y 3) los enfoques contrapuestos entre los GE y el Órgano de Apelación.

³ Cfr. Camille Jauffret-Spinosi, René David, edición, traducción y notas de Sánchez Cordero, Jorge, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11 ed., México, UNAM/Centro Mexicano de Derecho Uniforme/Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010, párr. 439 al párr.442.

nuevas normas y procedimientos, la coexistencia de la tradición y el nuevo derecho positivo reflejaron la decadencia del Derecho emergente.⁴

La conversión de China (1949) al comunismo, la adopción del dogma marxista-leninista y la abolición de todas las leyes y tribunales existentes hicieron urgente la promulgación de nuevas leyes y constitución de nuevos tribunales (1950-1957). Se reconocieron el derecho y la ley como medios rápidos y eficaces para la creación de una nueva sociedad comunista.

Años más tarde, con el abandono del modelo soviético (1960), China construyó su propio modelo comunista, con nuevos principios sociales y la preeminencia del Estado. Entre 1949 y 1978 se sucedieron tres constituciones (1954, 1975 y 1978), pero este modelo y la política del partido comunista remplazaron al Derecho otra vez.

Con la elaboración de la nueva *política de reforma y de apertura* de Deng Xiao Ping (1979) se permitió la rehabilitación del sistema jurídico chino, lo que favoreció la internacionalización de este derecho en materia económica-comercial. El objetivo de construir una “economía de mercado socialista” (1993), con una oleada de reformas encaminadas a formar parte del mercado internacional, se consumó con su adhesión a la OMC (2001).

Adhesión en el marco del GATT

China se convirtió en el miembro número 143 de la OMC el 11 de diciembre de 2001.⁵ Después de aproximadamente 16 años de negociaciones para su adhesión tanto en el GATT (siglas en inglés de Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) como en la OMC, concluyeron el 17 de septiembre de 2001. China asumió compromisos de apertura y liberalización de su régimen económico-comercial con más oleadas de reformas, para integrarse mejor a la economía mundial y, con ello, ofrecer un entorno económico-comercial más armonizado, unificado y, sobre todo, previsible.

China fue uno de los primeros 23 signatarios del GATT en 1948, pero con la Revolución de 1949 el Gobierno de Taiwán anunció la salida de China de este acuerdo. Woods⁶ ha afirmado que la Revolución china fue un gran paso de gigante, un golpe para el imperialismo a escala mundial; era necesaria para

⁴ *Ibidem*, párr. 443.

⁵ Omc, Adhesiones, China. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

⁶ Woods, Alan, *China. La revolución china de 1949*, Centro de Estudios Socialistas, p. 88. Disponible en: <https://centromarx.org/index.php/documentos/historia/china/102-la-revolucion-china-de-1949>.

experimentar el progreso. Sin la economía nacionalizada planificada (como base), China hoy no sería la misma.

China emprendió una intensa etapa de pre-reformas en el periodo del triunfo de la Revolución china de 1948-1978, para implementar el régimen marxista-leninista, ensayo y cimiento de las consecutivas reformas.

Sesenta años después, se retomó un camino al capitalismo, con medidas para estimular el crecimiento económico de su economía planificada, y otra oleada intensa de reformas, con miras a un diseño económico híbrido (capitalismo-socialismo) con características chinas.

Las reformas graduales a las empresas de propiedad estatal como aspecto medular en este proceso (1970) permitieron que se redujeran a finales de 1990 a casi la mitad de su número, con lo que mejoró la rentabilidad de las que aún permanecían.⁷

La política de “puertas abiertas” (reformas en 1978) implicó una transición gradual al mercado, dando lugar a un sector privado paralelo al público, con el objetivo de atraer inversión extranjera directa (IED), para abrir poco a poco la economía planificada al comercio internacional:⁸ revitalización de la economía interna.

La implementación de políticas de ensayo y error, graduales y moderadas de ajuste y reajuste, cobró vidas, exilio, escasez, hambruna, despidos, etc. Peña González⁹ comenta que en esta etapa no ocurrió un cambio sustancial en las relaciones de producción, pero sí una liberalización económica compleja.

Oropeza García¹⁰ explica que fue a finales de los años setenta y a partir del Derecho económico cuando se dio un atípico proceso de construcción del sistema legal de China, con una doble focalización económica-jurídica, “con características chinas” para dotar a China de desarrollo económico y satisfacer las necesidades primarias que urgían en el momento de su apertura económica, para hacer posible la sustentabilidad del proyecto político.

Tras diversas oleadas de reformas (1948-1986) y en un contexto de constantes cambios, China notificó al GATT el 10 de julio de 1986 (casi 37 años

⁷ OMC, WT/TPR/S/161, *Examen de las políticas comerciales*, Informe de la Secretaría, República Popular China, párr. 17, p. XIII. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tptr_s/tp262_s.htm.

⁸ *Ibidem*, párr. 1, p. IX.

⁹ Peña González, María A., China: el camino hacia la restauración capitalista, *Simposio Electrónico Internacional sobre Política China*, Barcelona, ASIARED, pp. 4-5. Disponible en: <http://www.asiared.com/es/downloads2/maria-alejandra-pena.pdf>.

¹⁰ Oropeza García, Arturo, Modernización del derecho chino en el último siglo, en OEA (coord.), *Curso de Derecho Internacional* XXXIX, 2012, tomo 32, Washinton, DC, 2013, p. 193.

después de su salida del GATT) que reanudaría su condición de parte contratante y reconocimiento de país en desarrollo.

Las reformas en su estructura económica (1986) y adopción de un modelo de economía de mercado socialista con política nacional básica de apertura al mundo exterior mejoraron el marco de sus inversiones y la expansión de sus relaciones comerciales con las partes contratantes del GATT.¹¹ China aún practicaba una economía planificada, basada en la propiedad pública socialista, en los primeros años de la Reforma (1978), según su Constitución de 1982 (art. 15).¹²

En atención a su solicitud, el 4 de marzo de 1987 se le invitó a expresar sus argumentos respecto a su política adoptada en 1979 de reforma y apertura.¹³ El 19 de junio de 1987, se mandató la composición del Grupo Especial (GE) para la recuperación de su estatuto. El 25 de febrero de 1988 se integró formalmente un grupo de trabajo en el marco del GATT (GT-GATT), como foro de la negociación y elaboración de un proyecto de protocolo de adhesión,¹⁴ con 33 partes contratantes, que después se incrementó a 44 partes, pero ya en el marco de la OMC.¹⁵

Según Peña,¹⁶ a pesar de las reformas estructurales emprendidas, China no puso fin al liderazgo del Partido Comunista, a la forma exclusiva de propiedad, al abandono total del sistema de planificación central. Le faltaba su ingreso a la OMC, para integrarse completamente al mercado internacional y en definitiva su apertura al SMC.

Staiano¹⁷ agrega que la reforma de 1999 fue una de las más importantes porque se introdujo explícitamente el principio del “Estado de derecho” y el reconocimiento del valor de la economía individual, como un aspecto constitutivo de la economía de mercado socialista.

¹¹ GATT, L/6017, *La condición de China como parte contratante. Comunicación de la República Popular de China*, párrs. 1 y 2. Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6017.PDF>.

¹² Chen Su, *La construcción del sistema legal en la economía de mercado en China*, en Oropeza García, Arturo (coord.), *México China. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, III-UNAM, 2008, p. 234.

¹³ GATT, C/M/207, *Acta de la reunión celebrada en el Centro William Rappard*, pp. 9-13. Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/C/M207.PDF>.

¹⁴ GATT, L/6191, *Grupo de Trabajo del Estatuto de China como Parte Contratante*, 19 de junio de 1987. Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191.PDF>.

¹⁵ Grupo de Trabajo del Estatuto de China como Parte Contratante. Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R1.PDF>. Consultar los documentos: L/6191/Rev.2, L/6191/Rev.3, L/6191/Rev. A, Doc. L/6191/Rev.5, Doc. L/6191/Rev.6 y Doc. L/6191/Rev.7.

¹⁶ Peña González, María A., *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ Staiano, María Francesca, *La cultura jurídica china: entre tradición e internacionalización*, *Revista BCR, Revista Institucional*, núm. 1529, p. 52. Disponible en: <https://www.bcr.com.ar/Pages/Publicaciones/inforevista.aspx?IdArticulo=250>.

Adhesión en el marco de la OMC

El 7 de diciembre de 1995, el GT-GATT, se transformó en un GT sobre la adhesión a la OMC (GT-OMC),¹⁸ amplió su ámbito para incluir el comercio de *servicios*, las normas sobre medidas arancelarias y los derechos de propiedad intelectual (DPI).

El GT-OMC¹⁹ examinó la solicitud de adhesión, y entre 1987 y el 2000 se llevaron a cabo diversas reuniones (formales, informales, negociaciones multilaterales y bilaterales) sobre el acceso a los mercados de mercancías y compromisos en materia de servicios. Durante el proceso de las negociaciones, se expresaron preocupaciones, observaciones, dudas, preguntas y solicitudes de información. Están registradas en el informe del GT sobre la adhesión de China.²⁰

China proporcionó información de sus procesos de reformas y compromisos en otros acuerdos internacionales. Contrajo compromisos que asumiría antes, al momento y después de la adhesión, en concordancia con el GATT; acuerdos del SMC y el Proyecto de Protocolo de Adhesión con sus respectivos anexos y listas.²¹

Las condiciones de su adhesión, concesiones y compromisos asumidos se realizaron en un marco multilateral de las políticas económicas que afectaban al comercio de mercancías y servicios de los DPI, entre otros aspectos.

El GT-OMC concluyó que debía invitarse a China a adherirse al Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la OMC. Se prepararon los proyectos de Decisión y Protocolo de Adhesión (con sus anexos).

La adhesión de China dependió mucho de su buena voluntad de cumplir con los principios de economía de mercado y de las condiciones de acceso a los mercados de mercancías y servicios que ofreciera a los miembros de la OMC.

Días antes a la fecha de su adhesión ya había adoptado 407 leyes,²² para dar plena vigencia al principio “gobernar el país por la ley”, en el marco de un diseño de sistema jurídico socialista. Estas leyes y múltiples actos administrativos del Estado permitieron el establecimiento de un sistema jurídico de la economía de mercado socialista. Su mejora y consolidación requerirá de más tiempo.

¹⁸ GATT, WT/ACC/CHN/1, Comunicación de China, Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, 7 de diciembre de 1995.

¹⁹ OMC, WT/ACC/CHN/2, Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, 2 de abril de 1996. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

²⁰ OMC, WT/ACC/CHN/49, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, 1 de octubre de 2001, pp. 1-3. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

²¹ Todos los acuerdos abarcados por la OMC se pueden consultar en: disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm.

²² Cfr. Camille Jauffret-Spinosi, René David, *op. cit.*, párr. 455.

China se ha propuesto nuevas oleadas de reformas y promulgación de leyes, orientadas hacia una economía de mercado socialista más fuerte para seguir adaptándose a las reglas de la OMC.

A 18 años de su adhesión a la OMC, China sigue siendo un actor comercial importante en el mundo. En el periodo 2014-2016 la economía china estuvo más orientada hacia los servicios y la tecnología. Del 2011 al 2018 la economía china continuó siendo un motor importante del crecimiento mundial, con un crecimiento moderado para ajustarse a la “nueva normalidad”, con más promoción de la competencia²³ que se pretende consolidar a través de un continuo proceso de *reformas estructurales*.²⁴

En el marco del Decimotercer Plan Quinquenal (2016-2020), China se propuso proseguir el *proceso de reforma estructural de la economía* en muchas esferas, con la participación del sector privado en la economía y la continuidad de las reformas a las empresas estatales, manteniendo la preponderancia de la propiedad pública.²⁵

La constitución china vigente, del 4 de diciembre de 1982 (reformada en 1988, 1993 y 1999), es la cuarta después de la Revolución; resalta las ideas de la reforma de Deng Xiao Ping,²⁶ para darle cause a la realización de “la economía de mercado socialista”, calificada como la “modernidad socialista”.²⁷

China continúa con problemas de jerarquía normativa. La ambigüedad al interior de su sistema competencial (funciones del Estado) ha conducido a la proliferación de textos legales contradictorios y a una dispersión y fragmentación de las fuentes de su derecho.

En China las normas internacionales sobre el orden interno son admitidas. Forma parte de numerosos acuerdos internacionales que de alguna forma han favorecido su desarrollo económico. En su lucha por la defensa de sus normas con características socialistas, también ha enfrentado de manera paralela una lucha por la armonización, uniformación y unificación de sus normas con las del SMC, para que éstas converjan sin efectos negativos en el comercio internacional.

²³ *Ibidem*, párrs. 1-3, 7, 1.1 y 30.

²⁴ OMC, WT/TPR/S/342, *Examen de las políticas comerciales*, Informe de la Secretaría, República Popular China, 15 de junio de 2016, párr. 1 y 10. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s342_s.pdf.

²⁵ OMC, WT/TPR/S/375, *Examen de las políticas comerciales*, Informe de la Secretaría, República Popular China, 6 de junio de 2018, párr. 2. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s375_s.pdf.

²⁶ La afirmación del socialismo, mantenimiento de la dictadura democrática popular, la referencia específica al marxismo-leninismo a través del pensamiento de Mao Zedong y la función atribuida al PCC.

²⁷ Cfr. Camille Jauffret-Spinosi, René David, *op. cit.*, párr. 448 y párr. 451.

La adopción de las reglas del comercio mundial, el uso de conceptos jurídicos comunes con denotación y connotación universal, sigue siendo un reto y desafío para China.

La armonización y eficaz convergencia de sus normas, en el contexto internacional, implica a la vez una construcción y deconstrucción de su derecho. Es un derecho caracterizado por su hibridez, incompletud, cambiante, dinámico, nuevo y, en algunas ocasiones, incomprensible (para países con los que ha presentado diferencias en la OMC) a los cánones romanistas y del *common law*.

La concepción del Derecho chino desde el confucionismo, la observancia de la tradición china y su europeización en el pasado, así como sus elementos socialistas, fusionados con el capitalismo y la convergencia de diversas normas emanadas de distintas tradiciones jurídicas en el presente, lo hacen Derecho híbrido digno de estudio.

El DIP, como resultado del consenso internacional, permite la fusión de instituciones jurídico-comerciales que representan principios, valores y bienes jurídicamente tutelados en común a todas las tradiciones jurídicas. Esto ha jugado un papel relevante en la transformación de la normativa china. La armonización, uniformación y unificación del Derecho es un desafío de transformación cada vez más latente.

Los programas piloto y definitivos, en su régimen económico-comercial, podrían ir eliminando las incompatibilidades normativas, aumentarlas o presentar colisiones con otros regímenes jurídicos de sus interlocutores comerciales. El Comunicado de la Tercera Sesión Plenaria de la 18va reunión del Comité Central del Partido Comunista de China (12 de noviembre del 2013) sintetiza el programa de reformas orientadas al mercado que se llevarán a cabo en el período de 2014-2020.²⁸

3. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y STATUS LITIGIOSO DE CHINA

Uno de los objetivos del mecanismo de solución de diferencias de la OMC consiste en conseguir la supresión de las medidas en litigio (instrumentos jurídicos) si se constata la incompatibilidad o el incumplimiento de las obligaciones contraídas con cualquier disposición de los acuerdos abarcados de la OMC.

²⁸ OMC, WT/TPR/S/342, párr. 1.19, p. 22.

Este objetivo concuerda con los postulados de la teoría monista más antigua, que postula la superioridad del DIP frente al Derecho nacional. Los conflictos entre las normas de DIP y el derecho nacional se deben solucionar mediante la anulación o no aplicación del derecho nacional. La teoría monista más moderna sostiene que los conflictos entre las normas de DIP y las del Derecho nacional no privan a las normas nacionales de su validez jurídica, pero sí obligan a los Estados a ponerlas fuera de vigor cuando se encuentren en contradicción con las del DIP.²⁹

En el marco de la OMC, se presume que una medida incompatible constituye un caso de anulación o menoscabo. Toda transgresión de las normas es desfavorable para otros miembros parte del acuerdo abarcado. Al miembro demandado le corresponde refutar la acusación en términos del artículo 3 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (Entendimiento).³⁰

Para resolver un caso, un miembro debe solicitar por escrito al OSD que se establezca un GE, e indicar si ha celebrado consultas con la otra parte, las medidas concretas en litigio, una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación suficiente para presentar el problema con claridad.

El GE debe examinar el caso a la luz de las disposiciones pertinentes de la OMC que se hayan invocado, evaluar de manera objetiva los hechos y la aplicabilidad de los acuerdos pertinentes y de su conformidad con estos, consultar regularmente a las partes, darles oportunidad de llegar a una solución mutuamente satisfactoria y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar una resolución (aa. 6, 7 y 11 del Entendimiento).

Durante el procedimiento, las partes presentan alegaciones y réplicas. El GE examina los argumentos esgrimidos y formula constataciones y conclusiones. El órgano de apelación puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE. Los informes del órgano de apelación son adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes, sin perjuicio del derecho de los miembros a exponer sus opiniones sobre los informes (art. 17 y el Apéndice 3: Procedimientos de Trabajo del Entendimiento).

Cuando un GE o el Órgano de Apelación concluyen respecto a la incompatibilidad de una medida, recomiendan al miembro afectado que ponga la

²⁹ SNA, *Derecho internacional público*, IU-UNAM, p. 68. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3262/9.pdf>.

³⁰ OMC, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm.

medida en conformidad con el acuerdo abarcado. También pueden sugerir la forma de aplicación de las recomendaciones, pero sus constataciones y recomendaciones no podrán entrañar el aumento o reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (aa. 3 y 19 del Entendimiento).

El miembro afectado debe informar al OSD su propósito de aplicación de las recomendaciones y resoluciones, y podrá disponer de un plazo prudencial para hacerlo de conformidad con el párr. 3 del art. 21 del Entendimiento, e informará al OSD sobre el *status* de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones. En caso de incumplimiento, la *compensación* y la *suspensión* de concesiones son medidas temporales a las que se puede recurrir.

En el marco de este procedimiento, China ha sido demandada y obligada a reformar su sistema normativo, con lo cual se ha marcado una nueva etapa de reformas en su sistema normativo, de carácter económico-comercial.

Oropeza García ha comentado que la construcción del nuevo sistema legal chino nace ante la necesidad de brindar desarrollo a su población, a través de un nuevo relacionamiento y de la necesidad de construir nuevos puentes y lenguajes en donde aparece de manera especial el *derecho* como idioma indispensable para el mantenimiento de sus relaciones económicas en un dialogo global y abierto.³¹

Li Lin afirmó que: “El sistema jurídico chino se encuentra abierto y en desarrollo [...] transformándose en diferentes etapas. El futuro de China proseguirá con la emisión de nuevas normas jurídicas y con modificaciones a las leyes existentes, con el fin de mejorar continuamente su sistema jurídico”.³²

El sistema jurídico chino ha estado abierto desde el primer emprendimiento de reformas estructurales, lo que ha favorecido los procesos de armonización de sus normas internas con las normas de DIP, en especial con las del SMC. Esta afirmación es constatable a través de una revisión de los informes adoptados por el OSD. Se aprecian dos procesos de reformas: la primera oleada se dio durante una etapa preparatoria de su ingreso a la OMC de 1986 a 2001; y la segunda, posterior a su ingreso en el marco del OSD, del 2001 a la fecha.

Fue en la segunda etapa cuando se empezaron a constatar las primeras incompatibilidades normativas y a emitir los primeros criterios

³¹ Oropeza García, Arturo (coord.), Introducción, *México China. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IJ-UNAM, 2008, p.19.

³² Li, Lin, Historia del Derecho chino y su sistema jurídico contemporáneo, en Oropeza García, Arturo (coord.), *México China. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IJ-UNAM, 2008, p. 36.

jurisprudenciales al interior del OSD, respecto a la normativa china. En este periodo se puso a prueba el cumplimiento efectivo de todos sus compromisos asumidos ante la OMC.

Sin embargo, en este contexto de continuas reformas y de comercio dinámico, en este documento nos centramos en el conjunto de incompatibilidades normativas que han sido la fuente de reformas a las normas administrativas chinas.

Las interpretaciones y constataciones de incompatibilidad normativa de los GE y del Órgano de Apelación han hecho visible la existencia de colisiones entre los distintos niveles normativos del sistema jurídico chino, y de estos con los acuerdos de la OMC.

Las constataciones e interpretaciones contenidas en los informes de los GE y del Órgano de Apelación adoptados por las partes surgen como una fuente dinámica de transformación relativamente rápida del sistema de normas administrativas del Derecho chino, vinculadas con las normas comerciales del DIP.

Por esta razón, en el siguiente apartado se aborda la jurisprudencia relacionada con las incompatibilidades normativas más relevantes constatadas por los GE y confirmadas por el Órgano de Apelación de casos concluidos durante el periodo 2006-2014. Las interpretaciones y constataciones constituyen una orientación para los todos los miembros de la OMC, en circunstancias parecidas.

Desde el ingreso de China a la OMC se han presentado 573 litigios ante el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), entre los cuales China ha estado involucrada en 226 ocasiones. En 43 ocasiones como “demandado”, 22 veces como “reclamante”, y en 163 casos como “tercero”, ya sea por infringir un acuerdo multilateral o su protocolo de adhesión, o porque algún miembro infringió un acuerdo en su perjuicio. Estos datos colocan a China en el décimo lugar como “reclamante” (junto con Argentina y Corea; y después de EUA, UE, Canadá, Brasil, México, India y Japón), tercer lugar como “demandado” (después de EUA y la UE), y tercer lugar como “tercero” (después de Japón y Canadá).³³

China ha sido demandada en 23 ocasiones por los EUA, en 9 por las CE/UE, 4 por México, 3 por Canadá, 2 por Japón, 1 por Guatemala y 1 por Brasil.³⁴

³³ Los datos son resultado de una revisión y conteo manual de las ds al 15 de diciembre de 2018, con información obtenida de: Omc, Lista cronológica de las ds. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

³⁴ Casos de EUA: ds309, ds340, ds358, ds362, ds363, ds373, ds387, ds394, ds413, ds414, ds419, ds427, ds431, ds440, ds450, ds489, ds501, ds508, ds511, ds517, ds519, ds542 y ds558. CE/UE: ds339, ds372, ds395, ds407, ds425, ds432, ds460, ds509 y ds549. México: ds359, ds388, ds398 y ds451. Canadá: ds342, ds378 y ds483. Japón: ds433 y ds454. Guatemala: ds390 y Brasil ds568.

De la revisión de las 43 DS de China como “demandado”, se excluyen cuatro grupos de DS:

1) las DS en proceso,³⁵ 2) las DS resueltas como solución mutuamente convenida³⁶ a través de un Memorándum de Entendimiento (se plantearon incompatibilidades reconocidas por China), 3) las concluidas a través de la aplicación notificada por el demandado al OSD con o sin satisfacción total del reclamante³⁷ y 4) DS en los que China actuó en calidad de “reclamante”, con EUA (15 DS),³⁸ con las CE/UE (5 DS), con Grecia (1 DS) DS452, con Italia (1 DS) DS452.³⁹

Por lo anterior, el grupo de DS sujetas a revisión se reduce a 9 DS. En este conjunto de litigios, los principales protagonistas han sido los EUA, las CE/EU, México y Canadá, en las que tanto el GE (como primera instancia) y el Órgano de Apelación (segunda instancia) que resolvieron las DS emitieron resoluciones y recomendaciones en las que se solicitó a China poner en conformidad sus medidas con los acuerdos abarcados en el marco de la OMC. Las medidas en litigio tomaron forma de reglamentos, disposiciones, documentos, reglas, actos administrativos, ordenes, decretos, anuncios, avisos, etc.

4. INCOMPATIBILIDADES CONSTATADAS POR LOS GES Y EL ÓRGANO DE APELACIÓN

1. Casos DS339, DS340 y DS342. CE, EUA y Canadá vs China: “China-Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles”

Las CE, junto con los EUA, el 30 de marzo de 2006 y, posteriormente, Canadá, el 13 de abril de 2006, solicitaron la celebración de consultas con China respecto a la imposición de medidas que afectaban negativamente sus exportaciones de partes de automóviles a China.⁴⁰

³⁵ Por ejemplo: DS387, DS388, DS390, DS407, DS419, DS450, DS451, DS489, DS501, DS568, etc.

³⁶ DS309, DS342, DS358, DS359, DS372, DS373, DS378 y DS489.

³⁷ DS413, DS433, DS425, DS432 y DS431.

³⁸ EUA: DS252, DS368, DS379, DS392, DS399, DS422, DS437, DS449, DS471, DS515, DS543, DS544, DS562, DS563 y DS565. CE/UE: DS397, DS405, DS452, DS492 y DS516.

³⁹ Los casos “China-Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno” (DS431, DS432 y DS433) también se excluyen, en razón de que plantean un gran número de incompatibilidades que lo hacen digno de un análisis profundo y separado.

⁴⁰ Partes más importantes del automóvil o conjuntos correspondientes a la carrocería (incluida la cabina), el motor, la transmisión, el propulsor, el eje propulsado y el bastidor, y los sistemas de dirección y de frenos.

Las medidas en litigio eran tres instrumentos jurídicos promulgados por China: 1) Orden núm. 8, 2) Decreto núm. 125 y 3) Anuncio público núm. 4,⁴¹ que: a) imponían una carga a las importaciones de partes de automóviles (en general) caracterizadas como *vehículos automóviles completos*, conforme a criterios especificados en las medidas; y b) establecían un régimen reglamentario para la aplicación de la carga. El GE constató⁴² y el Órgano de Apelación confirmó⁴³ su incompatibilidad con los párrs. 2 y 4 del art. III del GATT de 1994.

Como *cuestión preliminar*, el GE se planteó constatar si la carga impuesta por China era una “carga interior”, como alegaban los reclamantes, o un “derecho de aduana propiamente dicho”, como alegó China. Después de analizar las medidas en litigio, las disposiciones del GATT y la jurisprudencia, el GE concluyó que la carga impuesta a las partes de automóviles era una *carga interior*.

La interpretación y caracterización jurídica que realizó el GE⁴⁴ respecto a la carga constituyó la base para demostrar su incompatibilidad con el GATT y afirmó que si la obligación de pagar una carga no se basaba en el producto en el momento de la importación, la carga no podría ser un derecho de aduana propiamente dicho, sería una “carga interior”.

También, interpretó, a la luz de las expresiones “al ser importados”, “a la importación o con motivo de ésta” y “los demás derechos o cargas”, que los derechos de aduana propiamente dichos eran una carga impuesta sobre *productos, al ser importados*. Destacó los límites *temporales* y el criterio fundamental: devengarse en el momento de la importación.

El Órgano de Apelación⁴⁵ respaldó este razonamiento y explicó que el derecho de imponer un derecho de aduana y la obligación del importador de pagarlo nacían en el momento mismo en que el producto entrara en el territorio aduanero del miembro, y en virtud del acto de importación. El momento en que se percibiera o pagara una carga no determinaba si era un derecho de

⁴¹ Casos: DS339, DS340 y DS342, *Informes del Órgano de Apelación*, China-Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles, 15 de diciembre de 2008. Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScripitedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScripitedSearch&languageUIChanged=true#).

⁴² Casos: DS339, DS340 y DS342, *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 109.

⁴³ Primera frase del párr. 2, del art. III, por cuanto sometían a las partes de automóviles importadas a una carga interior que no se aplicaba a las partes de automóviles nacionales similares. Respecto del párr. 4 del art. III, porque otorgaban a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales similares. Estas disposiciones se pueden consultar en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm#art3_2.

⁴⁴ Casos: DS339, DS340 y DS342, *Informes del Órgano de Apelación*, párrs. 131, 143-153.

⁴⁵ Casos: DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párrs. 158, 162 y 163.

aduana propiamente dicho o una carga interior. La obligación de pagar debía nacer en el momento y en virtud de la importación.

En cuanto al término *carga interior*, la obligación de pagar una carga debería nacer en virtud de un hecho o factor interior, como la distribución, venta, uso o transporte del producto importado, porque el producto hubiera sido *revendido* o *usado* en el plano interno; el factor interior se manifestaba *después de la importación* del producto de un miembro en el territorio de otro miembro.

El GE identificó algunas de las características de la carga impuesta por China: 1) la obligación de pagar la carga nacía en el plano interno después de que las partes de automóviles habían entrado en su territorio aduanero y se habían utilizado en la fabricación de vehículos automóviles,⁴⁶ 2) la carga se imponía a fabricantes de automóviles y no a los importadores en general y sobre la base de la forma en que las partes de automóviles importadas se utilizaban, y 3) el hecho de que la importación de partes idénticas incluidas en un mismo contenedor o embarcación podían estar sujetas a cargas de distintas cuantías según el modelo de vehículo para cuyo montaje se utilizarían.

El Órgano de Apelación⁴⁷ concordó con el GE, porque no era la declaración presentada en el momento de la importación la que determinaba la aplicación de la carga, sino la declaración de pago de derechos formulada después del montaje o producción de los vehículos completos. Confirmó la resolución del GE, de que la *carga* impuesta en virtud de las medidas era una *carga interior*.

Compatibilidad de las medidas en litigio con los párrs. 2 y 4 del art. III del GATT. El GE constató y determinó⁴⁸ que: 1) las partes de automóviles de origen nacional y extranjeras eran productos similares, 2) las partes de automóviles importadas estaban sujetas a una carga interior superior a la aplicada a las partes nacionales similares, y 3) que las medidas en litigio afectaban la venta, oferta, distribución y uso de partes extranjeras en el mercado interior.

El Órgano de Apelación confirmó la constatación del GE y concluyó que las tres medidas en litigio otorgaban a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales similares. Creaban incentivos para usar partes nacionales y limitaban la utilización de partes importadas. Imponían procedimientos administrativos morosos a los fabricantes de automóviles que utilizaban partes importadas

⁴⁶ *Ibidem*, párrs. 179, 181 y 182.

⁴⁷ Casos: DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párrs. 167-173.

⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 183, 186, 187 y 190-197.

(se evitaba si un fabricante utilizaba exclusivamente partes de automóviles nacionales). No existían condiciones de competencia para las partes de automóviles importadas.

2. Caso *DS362. EUA vs China: “China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los DPI”*

El 10 de abril de 2007, los EUA solicitaron la celebración de consultas con China en relación con medidas relativas a la protección y observancia de los DPI en China. Se alegó la denegación de la protección y observancia del derecho de autor (DA) y derechos conexos de obras creativas, grabaciones de sonido, etc., cuya publicación o distribución en China no habían sido autorizadas.⁴⁹

El GE constató⁵⁰ la incompatibilidad de las medidas aduaneras y del art. 4 de la Ley de Derecho de Autor (LDA) de China en sí mismas, con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna (1971) y los aa. 9 (párr. 1), 41 (párr. 1), 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, por anular y menoscabar ventajas resultantes de estas disposiciones para los EUA.

Se inició con el análisis del primer párrafo del art. 4 de la LDA,⁵¹ que establecía que: “Las obras cuya publicación y/o difusión están prohibidas por ley no estarán protegidas por la presente Ley”. Se excluía de su protección toda una categoría de obras, que no estaba permitida o contemplada en el Convenio de Berna.

La expresión “prohibidas por ley” se aplicaba a cualquier norma que prohibiera la publicación y/o difusión de una obra “prohibida” por contenidos ilegales conforme a criterios de las normas chinas.⁵² China afirmó que no protegería el contenido ilegal suprimido, para que una obra fuera autorizada.

Según los EUA,⁵³ la LDA era incompatible con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, porque denegaba protección automática a ciertas obras. En consecuencia, no gozaban de los derechos mínimos establecidos en este Convenio.

⁴⁹ Caso: *DS362. Informe del Grupo Especial “China-medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual”*, 26 de enero del 2009), párr. 2.2. Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁰ Consultar en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds362_s.htm.

⁵¹ Adoptada en 1990 y modificada en 2001. Caso: *DS362. Informe del Grupo Especial*, párr. 7.10.

⁵² Tales como el Código Penal, el Reglamento sobre la Administración de la Industria Editorial, el Reglamento sobre la Administración de la Radiodifusión, el Reglamento sobre la Administración de los Productos Audiovisuales, el Reglamento sobre la Administración de Películas, etc. Caso: *DS362. Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.45, 7.75, 7.79, 7.82 y 7.88.

⁵³ Caso: *DS362. Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.16 y 7.29.

China alegó⁵⁴ que los DA nacían en el momento de la creación de una obra y eran independientes de la publicación, que el artículo en análisis tenía un alcance sumamente limitado y, como muchos otros países en el mundo, prohibía la publicación y la difusión de obras de contenido *inconstitucional* o *inmoral*.

El artículo se limitaba a disponer que esas obras no estaban protegidas por la LDA, su aplicación no dependía del examen de contenido o de algún régimen reglamentario relacionado con la publicación. El único resultado de una determinación de contenido prohibido en ese proceso *era una denegación de la autorización para publicar y no una denegación del DA*.

Si la obra se editaba (suprimía el contenido ilegal) para ser aceptada, entonces China protegería el DA de la versión editada. En el sistema jurídico chino, DA y protección del DA eran distinguibles.⁵⁵

La distinción no era pertinente, parecía que el goce y el ejercicio del DA *no* estarían sujetos a ninguna formalidad, pero la denegación de la protección, sí.⁵⁶ Entonces, ¿cómo podría seguir existiendo sin menoscabo el DA de una obra, después de la denegación de la protección, sobre la base de su naturaleza y de la prohibición contenida en la LDA?

China no explicó en qué sentido, después de que se denegara la protección del DA, gozarían los autores de este derecho, de qué manera podrían los autores afirmar la propiedad, una licencia o la transferencia del DA sobre sus obras; parecería ser un derecho fantasma como lo afirmaron los EUA, cuya existencia no podría demostrarse. Situación complicada de comprender.

China afirmó⁵⁷ que haría que se respetara el DA sobre la porción legal de la obra original, incluso aunque la propia obra —en su totalidad— estuviera prohibida por la ley, contra versiones editadas infractoras, incluso cuando no hubiera ninguna versión editada autorizada por el autor, pero no explicó cómo lo haría posible. Las obras prohibidas por este artículo incluían obras con contenido no aprobado.

China no pudo explicar por qué razón su LDA denegaba la protección a determinadas obras, en contra de los derechos establecidos por el Convenio de Berna y por qué la censura interfería con los derechos de los titulares de DA de impedir que terceros explotaran obras prohibidas.

⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 7.17, 7.30, 7.53 y 7.61.

⁵⁵ Caso: DS362. *Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.20, 7.21, 7.64 y 7.147.

⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 7.64–7.68.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 7.87.

China adujo⁵⁸ que la protección del DA era una “nulidad jurídica y material”, los derechos económicos cedían ante la prohibición estatal, el art. 4 era muy restringido, con consecuencias insignificantes en el mercado.

Esto causaba incertidumbre en el comercio antes de la determinación de la prohibición de una obra. China no garantizaba procedimientos de observancia (párr. 1 del art. 41⁵⁹ del Acuerdo sobre los ADPIC); en consecuencia, los autores de obras denegadas de protección del DA no se beneficiaban de los recursos para asegurar la observancia.⁶⁰

El GE constató que el párr. 1 del art. 4 de la LDA denegaba la protección que otorgaba el art. 10 de la LDA (derecho de publicación y derecho de distribución) a determinadas obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido, por lo que era incompatible con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna,⁶¹ incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC. Se demostró *prima facie* la incompatibilidad. China tenía la obligación de proteger el DA de conformidad con los acuerdos internacionales.

El GE dejó constancia de la firme posición de China: “El derecho de autor surge en el momento de la creación de una obra y no depende de la publicación. Están protegidas las obras no publicadas [...] las obras extranjeras aún no colocadas en el mercado chino y [...] las obras nunca colocadas en el mercado chino [...] Las obras no examinadas decididamente no están prohibidas por ley”.⁶²

El 26 de febrero de 2010, el Comité Permanente del Undécimo Congreso Nacional del Pueblo de China aprobó modificaciones a la LDA, y el Consejo de Estado tomó la decisión de revisar el Reglamento sobre Protección en Aduana, de los DPI. A juicio de China, se completaron todos los procedimientos legislativos internos necesarios para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD.

China ha seguido aplicando medidas para mejorar el régimen de protección y observancia de los DPI, a nivel administrativo y judicial. No obstante

⁵⁸ Caso: DS362. *Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.133–7.136

⁵⁹ 1. Los miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual [...] contra cualquier acción infractora [...] con [...] recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

⁶⁰ Caso: DS362. *Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.161, 7.163, 7.164, 7.181 y 7.191.

⁶¹ 1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales.

⁶² Caso: DS362. *Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.114–7.119, 7.126, 7.142, 7.50 y 7.60.

los esfuerzos para combatir las infracciones, la observancia de los DPI sigue siendo un reto.

3. Caso DS363. *Eua vs China: “China-Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento”*

El 10 de abril de 2007, los EUA solicitaron la celebración de consultas con China respecto a medidas relativas a la importación y/o la distribución en China de determinados productos audiovisuales, grabaciones sonoras y películas para su presentación en salas. El GE examinó 17 medidas, promulgadas por el Consejo de Estado, y por uno o más de sus ministerios u organismos dependientes.⁶³

El GE constató⁶⁴ que el art. 30 del Reglamento sobre Películas y el art. 16 de la Reglamentación sobre Empresas Cinematográficas eran incompatibles con diversas disposiciones de la OMC⁶⁵ que contenían compromisos asumidos por China, como el de la obligación de *otorgar el derecho a comerciar* a las empresas con IE y personas extranjeras de manera no discrecional. China prohibía la importación de películas para su presentación en salas. Sólo las empresas designadas por ella podían realizar actividades de importación.

El GE se planteó como cuestión preliminar interpretar y determinar si los *filmes*⁶⁶ en copia dura eran “tangibles” como alegaron los EUA:⁶⁷ un producto integrado que comprendía el contenido *intangible* de las películas, y los *filmes en copia dura* como soporte a ese contenido (tangible), o un “intangible”

⁶³ Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, China-Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, 21 de diciembre de 2009, párr. 129. Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(Symbol=%20wt/ds363/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(Symbol=%20wt/ds363/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁶⁴ El art. 5 del Reglamento sobre Productos Audiovisuales de 2001 y el art. 7 de la Reglamentación sobre Importación de Productos Audiovisuales fueron incompatibles con los párrs. 83 d) y 84 a) del informe del GE sobre la Adhesión. El párr. 84 b) de este informe del GE y el párr. 1 de la secc. 5 del Protocolo de Adhesión. China debía otorgar el derecho a comerciar de manera no discrecional. Todas estas mercancías recibirán un trato nacional de conformidad con el art. III del GATT de 1994.

⁶⁵ Párr. b) del informe del GE sobre la Adhesión y, por tanto, con el párr. 2 de la secc. 1 del Protocolo de Adhesión. Párr. 1 de la secc. 5 de su Protocolo de Adhesión, y con los párrs. 83 d) y 84 a) del Informe del GE sobre la Adhesión y, por tanto, con el párr. 2 de la secc. 1 del Protocolo de Adhesión.

⁶⁶ Películas para su presentación en salas.

⁶⁷ Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 167, 171-174.

como alegó China⁶⁸ porque se explotaban mediante una serie de *servicios* cuyo valor comercial radicaba en los ingresos que le generaban.

Los materiales de suministro que sustentaban su contenido eran simples accesorios de esos servicios y no tenían un valor comercial propio. Según este argumento, las películas no caían en la esfera de regulación de las medidas en litigio.

La interpretación de si las películas eran *tangibles* o *intangibles* por parte del GE y del Órgano de Apelación fue clave para determinar la incompatibilidad de todas las medidas en litigio.

Entre las pruebas que presentaron los EUA figuraron la Clasificación Internacional de Productos en el Marco del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la Organización Mundial de Aduanas (SA) y la lista de concesiones de China en materia de mercancías de la OMC. Las pruebas calificaron a las películas cinematográficas como *filmes*,⁶⁹ es decir, “mercancías” (tangibles).

El GE constató⁷⁰ que las medidas chinas afectaban a quien importara una mercancía *cuando el contenido de las películas tuviera como soporte físico un filme en copia dura* y el contenido de una película se expresara por medio de una mercancía física y que además estuviera incorporado en ella. El GE aceptó el término *filme en copia dura* en el sentido de *película*.

El Órgano de Apelación no entendió la distinción tajante de China entre *contenido* y *productos*. Ambos podían constituir un producto. A su juicio, China se apoyaba en una dicotomía artificial entre la película como mero contenido y el soporte físico en que podía incorporarse el contenido.⁷¹ Tras sendas alegaciones, el GE y el Órgano de Apelación interpretaron al objeto en litigio como *mercancía*.

En respuesta a esta interpretación, China adujo que tenía derecho a imponer restricciones al derecho a importar y exportar, para perseguir objetivos de política legítimos como el de *proteger la moral pública* y justificar sus medidas declaradas incompatibles con sus compromisos en materia de derecho a comerciar en el sentido del apdo. a) del art. XX del GATT.⁷²

⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 169 y 172.

⁶⁹ Películas para su presentación en salas o películas cinematográficas con contenido incorporado.

⁷⁰ Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, párr. 188.

⁷¹ *Ibidem*, párrs. 194 y 195.

⁷² 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 [...] a) necesarias para proteger la moral pública. Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, párr. 206.

El Órgano de Apelación indicó que la cláusula introductoria del párr. 1 de la secc. 5 que le facultaba a imponer restricciones al comercio debía interpretarse en el sentido de que “cualquier ejercicio del derecho de China a regular el comercio estaría protegido en virtud de esta cláusula, únicamente si era compatible con el Acuerdo sobre la OMC. Así sería cuando las medidas de China que regulan el comercio fueran del tipo que el Acuerdo sobre la OMC reconocía que podían adoptar los Miembros cuando satisfacían las disciplinas prescritas y cumplían determinadas condiciones”.⁷³

En este sentido, se le exigió a China la *prueba de la necesidad* para acudir a una restricción. Debía demostrar que: 1) la medida fuera *la menos restrictiva del comercio* y 2) utilizar, de las medidas que se tuvieran razonablemente a su alcance, la que supusiera el menor grado de incompatibilidad con las disposiciones del GATT, ya que pudieran existir situaciones en las que la medida alegada era indispensable (la única disponible) o en las que se justificara la medida como necesaria, pero existían otras medidas disponibles.

También debía demostrar: 1) la contribución de la medida para el cumplimiento de la ley o reglamento, 2) los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y 3) la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones. Se analizó: a) la contribución de las medidas a la protección de la moral pública en China, b) su efecto restrictivo y c) la existencia de alguna alternativa apropiada que estuviera razonablemente a su alcance.

La evaluación se realizó en varias etapas: 1) la relación entre las disposiciones y el objetivo declarado por China: Proteger la moral pública y evitar la difusión de productos con contenidos prohibidos, 2) la importancia del objetivo perseguido⁷⁴ y el nivel “elevado” de protección a alcanzar, y 3) las disposiciones constatadas como incompatibles con sus compromisos en materia de derecho a comerciar.

En este sentido, se identificó: a) la contribución al logro del objetivo perseguido, b) la repercusión restrictiva en el comercio y en quienes deseaban importar; y finalmente c) se sopesaron y confrontaron tres factores: 1) el alcance de la contribución, 2) la repercusión restrictiva y 3) el hecho de que la

⁷³ Caso: DS363. Informe del Órgano de Apelación, párr. 230.

⁷⁴ La protección de la moral pública figura entre los valores o intereses más importantes perseguidos por los miembros como una cuestión de política pública.

protección de la moral pública era un interés gubernamental muy importante con un nivel de protección elevado.⁷⁵

Los criterios enunciados *supra* forman parte de la observancia de cualquier miembro para justificar una alegación al amparo del apdo. a) del art. XX del GATT, y fueron desarrollados en múltiples casos cuando se resolvió alguna excepción contemplada en el art. XX del GATT.

El GE y el Órgano de Apelación constataron que China no demostró la *necesidad* de sus medidas. No contribuían de manera importante a la protección de la moral pública. Se confirmó su incompatibilidad.⁷⁶

China prohibía a las empresas con IE la distribución electrónica de grabaciones sonoras, pero a los proveedores nacionales de servicios similares no se les imponía la misma prohibición. En este sentido, el GE razonó que el término “grabación” no se podía limitar al sonido incorporado a un medio físico, sino también al no físico, y examinó diversos textos⁷⁷ en su contexto, objeto y fin, para constatar que la expresión “servicios de distribución de grabaciones de sonidos” abarcaba la distribución electrónica de grabaciones sonoras.

En apelación, se pidió a China que pusiera las medidas declaradas incompatibles de conformidad con las obligaciones que le correspondían. China⁷⁸ confirmó varios compromisos de importación y distribución de las películas para que se realizaran de manera no discrecional y no discriminatoria. Impulsó una reforma para la distribución de películas importadas y alentó activamente a más empresas chinas (incluidas las empresas privadas) a que obtuvieran licencias para la distribución de estas películas. El 24 de mayo de 2012, China informó al OSD que había cumplido las recomendaciones. Los EUA afirmaron que el acuerdo representaba un avance significativo pero no la resolución definitiva.

⁷⁵ Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 210-215, 234, 236, 243 y 244.

⁷⁶ Circular sobre Cultura en Internet (art. II), Dictámenes sobre Música en la Red (art. 8), entre otros, fueron incompatibles con los compromisos en materia de trato nacional contraídos por China en virtud del art. XVII del AGCS. El párr. 7 del art. X de la lista de industrias en las que está prohibida la IE, la Guía, en conjunción con los aa. 3 y 4 del Reglamento sobre IE, fueron incompatibles con el art. XVII del AGCS. Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 338, 339, 346 y 412.

⁷⁷ 1) epígrafe del sector 2.D (servicios audiovisuales) en la Lista de China anexa al AGCS, y sus anotaciones, 2) compromiso de China en materia de servicios de distribución en el sector 4, de su lista anexa al AGCS; 3) el propio AGCS, 4) listas de otros miembros anexas al AGCS y 5) los trabajos preparatorios del Protocolo de Adhesión. Caso: DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 344, 345, 350, 351, 355, 369, 372, 378, 379, 385, 388, 399 y 404.

⁷⁸ Doc. WT/DS362. Procedimiento acordado en virtud de los aa. 21 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, pp. 2 y 3.

4. Casos. DS394, DS395 y DS398. EUA, CE y México vs China: “China-Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas”

Los EUA, junto con las CE, el 23 de junio, y México, el 21 de agosto de 2009, solicitaron la celebración de consultas con China respecto a las limitaciones que imponía a la exportación de varias formas de materias primas.⁷⁹

Las restricciones se aplicaban a través de medidas que actuaban conjuntamente y estaban compuestas por una legislación marco, reglamentos e instrumentos jurídicos que imponían contingentes de exportación⁸⁰ y derechos de exportación⁸¹ a ciertas materias primas.⁸² Los reclamantes alegaron la incompatibilidad de las medidas.

a) En cuanto a la *imposición de derechos de exportación*, China alegó que podía invocar el apdo. g) del art. XX del GATT,⁸³ para justificar la restricción incompatible con sus obligaciones, en virtud del párr. 3 de la secc. 11 de su Protocolo de Adhesión. El GE y el Órgano de Apelación comenzaron su análisis e interpretación con la disposición del Protocolo, que decía: “China eliminará todos los impuestos y cargas a la exportación *salvo* en los casos previstos expresamente en el anexo VI del presente Protocolo o que se apliquen en conformidad con las disposiciones del artículo VIII del GATT de 1994”.⁸⁴

Este texto obligaba a China a eliminar todos los impuestos y cargas a la exportación, salvo que estos estuvieran previstos expresamente en el anexo VI o se aplicaran en conformidad con las disposiciones del art. VIII del GATT.

En la lista del anexo VI, titulado “Productos sujetos a derechos de exportación”, se enumeraban 84 productos, pero no figuraba ninguna de las materias

⁷⁹ Bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, carburo de silicio, silicio metal, fósforo amarillo y cinc. Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, China-Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas, 30 de enero de 2012), párr. 240. Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds394/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds394/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁸⁰ 25 instrumentos jurídicos, entre los que figuraban: la Ley de Comercio Exterior, Reglamento sobre la Administración de la Importación y Exportación de Mercancías, diversas medidas relativas a la licitación de los contingentes y administración de las licencias de exportación, anuncios, reglas, normas y avisos.

⁸¹ 19 instrumentos jurídicos, entre los que figuraban: la Ley de Aduanas, Reglamento sobre Derechos de Importación y Exportación, y un aviso relativo al Programa de Aplicación Arancelaria de 2009.

⁸² Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 240, 252 y 261.

⁸³ Art. xx: *Excepciones generales*. 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 toda parte contratante adopte o aplique las medidas: [...] g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

⁸⁴ Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 270-272 y 279.

primas objeto del litigio, por lo que resultó difícil al Órgano de Apelación comprender la alegación de China de que podía recurrir a las disposiciones del art. XX del GATT, para justificar la imposición de derechos de exportación sobre productos que no estaban enumerados en el anexo.

El Órgano de Apelación explicó⁸⁵ que la obligación de China de eliminar los derechos de exportación dimanaba exclusivamente de su Protocolo de Adhesión, y no del GATT, por lo que *confirmó* la constatación del GE de que China no podía tratar de justificar la aplicación de derechos de exportación a determinadas formas de espato flúor, magnesio, manganeso y cinc al amparo del GATT.

b) En cuanto a la *imposición de los contingentes de exportación*, China adujo que era una restricción que se aplicaba *temporalmente para prevenir o remediar la escasez aguda de un producto esencial* en el sentido del párr. 2 a) del art. XI del GATT y que no estaba comprendida en el ámbito de la prohibición general de restricciones cuantitativas del párr. 1 del art. XI del GATT.⁸⁶

El GE estuvo de acuerdo con China en que la *bauxita de calidad refractaria* (bauxita) era un producto *esencial* para China, pero no se demostró que las medidas se aplicaran en un *marco temporal limitado*⁸⁷ para prevenir o remediar la existencia de una *escasez aguda de bauxita*. Una restricción justificada al amparo del párr. 2 a) del art. XI tenía que ser de *duración limitada*.

El GE observó⁸⁸ que la restricción a las exportaciones de bauxita había estado en vigor desde hace por lo menos 10 años, con la intención de mantenerla hasta el agotamiento de sus reservas o hasta que nuevas tecnologías o condiciones redujeran su demanda. China afirmó⁸⁹ que sus reservas naturales se agotarían en 16 años. Según el GE, eso no demostraba la existencia de una situación de *importancia decisiva o grave* que alcanzara el nivel de “crisis”.

En este contexto, el Órgano de Apelación comenzó el análisis de las expresiones:⁹⁰ “prohibición”, “restricciones a la exportación”, “eliminación general de las restricciones cuantitativas”, “aplicadas temporalmente”,

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 280-285, 287, 293 y 291.

⁸⁶ La parte pertinente dice: *Eliminación general de las restricciones cuantitativas*. 1. Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante [...], ya sean aplicadas mediante contingentes, [...]. 2. Las disposiciones del párr. 1 de este artículo no se aplicarán a los casos siguientes: a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora.

⁸⁷ En el sentido del párr. 2 a) del art. XI del GATT de 1994. Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 309 y 310.

⁸⁸ Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 339-341.

⁸⁹ *Ibidem*, 315 y 316.

⁹⁰ Detalles en: Casos, DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 312-337.

“escasez aguda”, “prevenir”, “remediar” y “esencial”, para una interpretación sustantiva conjunta de los párrs. 1 y 2 a) del art. XI del GATT, para que estos conceptos se dieran sentido entre sí y se definiera su alcance.

El Órgano de Apelación interpretó⁹¹ que el párr. 2 a) del art. XI del GATT se refería a una *escasez aguda de productos alimenticios, de productos necesarios o absolutamente indispensables*, que proporcionaba el fundamento para permitir adoptar o aplicar medidas provisionales (finitas), preventivas o anticipatorias, con prohibiciones o restricciones temporales para ofrecer un remedio en condiciones extraordinarias, atender una necesidad pasajera, prevenir, mitigar, reducir, remediar o impedir la existencia de una escasez aguda inminente, con independencia de que la temporalidad de la medida se fijara o no con antelación.

Las características del producto y los factores de la situación crítica informarían el periodo de aplicación de la medida. Intrínseco al concepto de *agudeza* estaba la expectativa de llegar a un momento en que las condiciones ya no fueran *agudas*, por lo que las medidas ya no cumplirían el abordaje de una escasez aguda. La evaluación exige un análisis caso por caso considerando el vínculo entre los distintos elementos que conforman esta disposición.⁹²

Los miembros sólo pueden recurrir al art. XX del GATT, excepcionalmente para justificar medidas incompatibles con sus obligaciones, pero una vez cumplidos los requisitos del párr. 2 a) del art. XI, ya no hay margen para su aplicación.

El GE y el Órgano de Apelación acordaron⁹³ que si no había posibilidad alguna de que la escasez existente dejara alguna vez de existir, sería imposible prevenirla o remediarla, mediante una restricción temporal, y si se impusiera una medida para hacer frente a una reserva limitada de un recurso natural agotable, se impondría hasta el momento en que el recurso se hubiera agotado totalmente.

El alcance del párr. 2 a) del art. XI no era el mismo que el del apdo. g) del art. XX. Tienen por objeto abordar situaciones, funciones y obligaciones distintas. El primero aborda las medidas adoptadas para prevenir o remediar la *escasez aguda* de productos alimenticios o de otros productos esenciales.

⁹¹ *Ibidem*, párrs. 324-327 y 330-333.

⁹² *Crisis* describe un punto de inflexión, una etapa vitalmente importante o decisiva; un tiempo de problemas, peligro o expectación en la política, el comercio, etc.

⁹³ Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párr. 332-336 y 343.

El segundo, las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables.⁹⁴

China intentó justificar el contingente al amparo del apdo. g) del art. xx, aduciendo que *bauxita* era un recurso natural, agotable y escaso a proteger. El GE examinó las pruebas y argumentos, y constató que no lo era. Para que una medida pudiera justificarse al amparo del art. xx, debía: 1) ser una medida relativa a la conservación de un recurso natural agotable y 2) aplicarse conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional.⁹⁵

Al respecto, el Órgano de Apelación interpretó en casos anteriores que la expresión “relativas a la conservación” exigía una *relación sustancial* (auténtica y estrecha relación de medios y fines) entre la medida comercial y la conservación.⁹⁶ La medida debe estar “destinada principalmente a” la conservación de los recursos naturales agotables, estar vigente, actuar en unión con las restricciones a la producción o al consumo nacionales y para conservar un recurso natural agotable. Es una *obligación de imparcialidad*.⁹⁷

El Órgano de Apelación *confirmó* la conclusión del GE de que China no había demostrado la *temporalidad* de su contingente de exportación en el sentido del párr. 2 a) del art. XI del GATT, para prevenir o remediar una *escasez aguda*, por lo que era incompatible con el párr. 1 del art. XI del GATT.

China debió haber demostrado, en primer lugar, que el contingente de exportación estaba comprendido en el ámbito de aplicación del apdo. g) del art. xx, y en caso de que así fuera, debía demostrar además que cumplía los requisitos de la parte introductoria de este artículo. Esto no se acreditó. Pero esta DS dejó un precedente: “... de ninguna manera esta disposición exige al demandado que la finalidad de la restricción a la exportación debe ser la de velar por la eficacia de las restricciones a la producción y al consumo nacionales”.⁹⁸

Para poner las medidas en conformidad con los acuerdos citados, China promulgó un programa de aplicación arancelaria de 2013 a través de la Administración General de Aduanas (AGA) y un catálogo de mercancías sujetas a

⁹⁴ *Ibidem*, párrs. 315-316 y 337.

El Órgano de Apelación explicó que podrían imponerse medidas al amparo del párr. 2 a) del art. xi, por ejemplo, si una catástrofe natural causara una *escasez aguda* de un recurso natural agotable que, al mismo tiempo, fuera un producto alimenticio u otro producto esencial. El alcance del párr. 2 a) del art. xi es distinto al del apdo. g) del art. xx, una medida adoptada en virtud del párr. 2 a) del art. xi podría actuar simultáneamente con una medida de conservación que cumpliera los requisitos del apdo. g) del art. xx.

⁹⁵ Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 344 y 346-349, 354 y 355.

⁹⁶ El GE señaló el término *conservación* como el acto de preservar y mantener el estado existente de algo; en este caso, los recursos naturales a que se hace referencia en el apdo. g) del art. xx.

⁹⁷ Casos: DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación*, párrs. 356 y 357.

⁹⁸ *Ibidem*, párrs. 344, 346, 360-362.

la administración de licencias de exportación de 2013 a través del Ministerio de Comercio y la AGA. Suprimió la aplicación de los derechos y contingentes de exportación a determinadas materias primas objeto del litigio.

5. Caso ds425. Ue vs China: “China-Derechos antidumping definitivos sobre los aparatos de rayos X para inspecciones de seguridad procedentes de la UE”

El 25 de julio de 2011, la UE solicitó la celebración de consultas con China respecto al establecimiento de derechos *antidumping* definitivos a las importaciones de determinados aparatos para inspecciones de seguridad procedentes de la UE.⁹⁹

El GE constató que el MOFCOM¹⁰⁰ actuó de manera incompatible a través de la medida Aviso Núm. 1 (2011), con las obligaciones sustantivas y procedimentales que le correspondían en virtud de los párrs. 1, 2, 4 y 5 del art. 3 del acuerdo *antidumping*.

a) El método aplicado por el Ministerio de Comercio de China (MOFCOM) para el análisis de los efectos sobre los precios fue incompatible con los párrs. 1 y 2 del art. 3, porque no garantizó que los precios que estaba comparando fueran realmente comparables. El análisis de la subvaloración de precios y de la contención de la subida de estos no se basó en un examen objetivo de pruebas positivas. La UE alegó que la falta de garantía de la comparabilidad¹⁰¹ equivalía a hacer un examen no objetivo de pruebas positivas.

En ds anteriores, el Órgano de Apelación interpretó que la palabra *positivas* significaba que las pruebas debían ser de carácter afirmativo, objetivo, verificable y creíble. La expresión *pruebas positivas* hacía referencia a la importancia y pertinencia de las pruebas (confiables y fidedignas) para un caso. Por lo tanto, el examen objetivo de las pruebas exigía su realización conforme los principios de “buena fe” y de “equidad fundamental”, a través

⁹⁹ Caso: ds425. *Informe del Grupo Especial*, China-derechos antidumping definitivos sobre los aparatos de rayos x para inspecciones de seguridad procedentes de la Unión Europea, 26 de febrero de 2013, párr. 7.1. Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds425/r*%20not%20rw\)*&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds425/r*%20not%20rw)*&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

¹⁰⁰ Ministerio de Comercio Exterior y Cooperación Económica (autoridad investigadora de China). Caso: ds425. *Informe del Grupo Especial*, párr. 7.301.

¹⁰¹ Comparación entre los precios de las importaciones objeto de *dumping* con los precios del producto nacional similar. *Ibidem*, párrs. 7.34, 7.62-7.67, 7.93-7.97 y 7.239.

de una investigación *no sesgada e imparcial*, y no debía favorecer a una parte interesada con preferencia a otra.¹⁰²

El Órgano de Apelación y otros GE han observado que, aunque los párrs. 1 y 2 no prescriben un método para garantizar la comparabilidad, el MOFCOM no tenía facultades ilimitadas a ese respecto. Con independencia del método elegido, la autoridad debía realizar un examen objetivo de pruebas positivas y velar que los precios que utilizara para su comparación fueran debidamente comparables.

El párr. 2 exigía que la autoridad realizara ajustes para tener en cuenta las diferencias entre los productos a analizar. Si dos productos en un análisis de la subvaloración no son comparables (no compiten entre sí), era difícil concebir la pertinencia del resultado del análisis a efectos de la relación de causalidad. Si se comparan dos productos a distintos niveles comerciales sin efectuar un ajuste, el resultado no daría lugar a un análisis objetivo e imparcial (párr. 5 del art. 3) respecto al daño causado debido a la diferencia entre los precios de los productos.¹⁰³

El GE concluyó que el MOFCOM no adoptó ninguna medida para garantizar la comparabilidad de los precios, a pesar de las pruebas que indicaban que existían diferencias significativas entre los usos, las características físicas y los precios de los productos comparados. El GE constató que el MOFCOM actuó de manera incompatible con el párr. 4 del art. 3.¹⁰⁴

b) Según la UE, el MOFCOM, en su análisis de la existencia de daño, no tuvo en cuenta todos los factores de daño enumerados en el párr. 4 del art. 3; en consecuencia, no se hizo un examen objetivo del estado de la rama de producción, en particular, no examinó la *magnitud del margen de dumping*.¹⁰⁵

El Órgano de Apelación y varios GE¹⁰⁶ han afirmado que las autoridades investigadoras están obligadas a evaluar a través de un proceso de análisis

¹⁰² Caso: DS425. *Informe del Grupo Especial*, párr. 7.32 y 7.33.

¹⁰³ Caso: DS425. *Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.41-7.51.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párrs. 7.62, 7.92 y 7.217. Para conocer más sobre las características de los productos, ver los párrs. 7.68-7.91.

¹⁰⁵ El examen de la repercusión de las importaciones objeto de *dumping* sobre la rama de producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o el uso de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos, la magnitud del margen de dumping, los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja (*cash flow*), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos actores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva. Caso: DS425. *Informe del Grupo Especial*, párr. 7.178.

¹⁰⁶ Caso: DS425. *Informe del Grupo Especial*, párr. 7.179-7.181-7.185.

y valoración cada uno de los 15 factores enumerados en el párr. 4. Se debe evaluar la función, pertinencia y peso relativo de cada factor, si determina que algunos factores no son pertinentes o no tienen un peso significativo en la determinación, la autoridad está obligada a dar una explicación.

El MOFCOM incumplió su obligación de hacer una evaluación objetiva *de los factores e indicadores económicos relacionados con la rama de producción*, no evaluó la magnitud del margen de *dumping*, no realizó un examen objetivo (razonado y adecuado) de las pruebas, no reconoció ni analizó las tendencias observadas en cada factor de daño y no indicó el fundamento de su afirmación de que los beneficios fueron inferiores a los niveles previstos. El GE concluyó que China había actuado de manera incompatible con los párrs. 1 y 4 del art. 3.¹⁰⁷

c) El MOFCOM actuó de manera incompatible con los párrs. 1 y 5 del art. 3, porque se apoyó en sus constataciones viciadas de los efectos sobre los precios, no dio una explicación razonada y adecuada de la manera en que las importaciones objeto de *dumping* causaron contención de la subida de los precios de la rama de producción nacional y, por último, no cumplió las obligaciones que le correspondían al realizar su análisis de no atribución.¹⁰⁸

El 26 de febrero de 2014, China informó al OSD que el MOFCOM había publicado un aviso e iniciado una nueva investigación sobre los objetos en litigio procedentes de la UE y que se había suprimido el derecho *antidumping* en litigio.

Según el último informe de políticas comerciales de China (11 y 13 de julio de 2018), desde finales de junio de 2017 en China había 91 medidas *antidumping* vigentes con vigencia de máximo 10 años. Los países más afectados por las medidas fueron el Japón (21%) y los EUA (21%), les siguieron la UE (19%) y Corea (11%). Actualmente, no ha habido cambios en el marco institucional y procedimental ni en la legislación en la materia.¹⁰⁹

5. CONCLUSIONES

Tras la recuperación del estatuto de China como miembro de la OMC, su Protocolo de Adhesión (con sus respectivos anexos y listas de compromisos) y los acuerdos abarcados en el marco de este organismo complementaron y modificaron sustancialmente su actual régimen comercial.

¹⁰⁷ Caso: DS425. *Informe del Grupo Especial*, párrs. 7.194 y 7.216.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 7. 248.

¹⁰⁹ OMC. WT/TPR/S/375, párrs. 3.37-3.54.

Los informes de los GE y del Órgano de Apelación (China como demandado) adoptados por el OSD son una fuente moderna y relevante del Derecho administrativo chino, que han permitido su armonización sustantiva y adjetiva con las normas multilaterales de comercio.

Los EUA y la UE forman parte de los principales interlocutores comerciales de China a nivel mundial, y es precisamente con ellos con los que registra un mayor número de litigios en el marco del OSD. Las DS sustanciadas han planteado alegaciones y constataciones de incompatibilidad de la medida en litigio tanto de carácter sustantivo y como adjetivo. Las 32 DS de los EUA (23 DS) y la UE (9 DS), de las 43 sustanciadas ante el OSD, representan 79% de los litigios con China en calidad de demandado.

El sometimiento de China al mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha implicado el reconocimiento de la incompatibilidad de sus medidas en litigio con los acuerdos abarcados por la OMC, en dos sentidos: 1) Un reconocimiento voluntario a través de una solución mutuamente convenida con el reclamante con el compromiso de realizar todas las acciones necesarias para suprimir sus medidas comerciales y, con ello, eliminar la incompatibilidad; y 2) Su derecho a la defensa ante un GE u Órgano de Apelación para alegar y probar la compatibilidad o necesidad de sus medidas y, tras la constatación de la incompatibilidad, acatar la resolución del OSD para suprimir la medida en litigio.

La interpretación por parte de China, de los GE y del Órgano de Apelación, de las normas chinas y de las normas del SMC ha provocado sendas alegaciones. Una misma norma puede ser interpretada de formas extremadamente opuestas, sin embargo, han prevalecido las interpretaciones de los GE y del Órgano de Apelación. Vale la pena dejar a manera de reflexión si los GE y el Órgano de Apelación deberían interpretar las normas del derecho chino con una concepción occidental acorde a las tradiciones jurídicas del *common law* o del *civil law*.

El lenguaje jurídico opuesto o incomprensible de las normas chinas, a nuestros ojos, sorprende constantemente al OSD, lo que lleva a expresar de manera reiterada asombro por no entender la forma de concebir e interpretar ciertas normas para nosotros comunes o simples, pero para ellos, claras y sencillas.

Actualmente, sigue siendo un reto para el OSD la traducción, interpretación y comprensión de las normas chinas al momento de resolver una DS. La interpretación en un doble nivel de las normas chinas y las normas del SMC

complementadas con las del DIP ha reflejado una desarmonización en ambos niveles. La armonización normativa de los sistemas jurídicos híbridos continuará siendo un gran reto.

Es probable que las próximas resoluciones y recomendaciones del OSD se emitan en el sentido de la eliminación de incompatibilidades tanto para China como para sus interlocutores comerciales, con los que se plante la DS con más ajustes y reformas a las normas de derecho económico y comercial de China. Cada parte en la DS mostrará sendas interpretaciones respecto de las normas chinas que reflejarán aún la existencia de un sistema cerrado que en ocasiones se resiste a abrirse y en otras se muestra flexible a dicha apertura.

Los casos revisados confirman la prevalencia de las normas del SMC y del DIP respecto a la normativa china, por constituir un caso de anulación o menoscabo, o porque la transgresión de las normas multilaterales ha tenido efectos desfavorables para la parte reclamante.

6. BIBLIOGRAFÍA

Casos:

- DS362. *Informe del Grupo Especial*, China-medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (26/01/2009). Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS363. *Informe del Órgano de Apelación*, China-Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (21/12/2009). Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds363/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds363/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS425. *Informe del Grupo Especial*, China-derechos antidumping definitivos sobre los aparatos de rayos x para inspecciones de seguridad procedentes de la Unión Europea (26/02/2013). Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds425/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds425/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, China-Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles (15/12/2008). Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

DS394, DS395 y DS398. *Informe del Órgano de Apelación, China-Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas (30/01/2012)*. Disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds394/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Content=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds394/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Content=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

Documentos de trabajo oficiales:

GATT, C/M/207, Acta de la reunión celebrada en el Centro William Rappard (30/03/1987). Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/C/M207.PDF>.

GATT, L/6017, La condición de China como parte contratante. Comunicación de la República Popular de China (14/07/1986). Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6017.PDF>.

GATT, L/6191, Grupo de Trabajo del Estatuto de China como Parte Contratante (19/06/1987). Disponible en: <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191.PDF>.

GATT, WT/ACC/CHN/1, Comunicación de China. Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China (07/12/1995).

OMC, WT/ACC/CHN/2, Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China (02/04/1996). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

OMC, WT/ACC/CHN/49, Informe del Grupo de Trabajo sobre la adhesión de China (01/10/2001). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

OMC, WT/TPR/s/161, Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. República Popular China. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/tp262_s.htm.

OMC, WT/TPR/s/342, *Examen de las políticas comerciales*. Informe de la secretaria China (15/06/2016). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s342_s.pdf.

OMC, WT/TPR/s/375, *Examen de las políticas comerciales*, Informe de la Secretaría, China (06/06/2018). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s375_s.pdf.

OMC, Adhesiones, China. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

OMC, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm.

Documentos académicos:

CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David, edición, traducción y notas de Sánchez Cordero, Jorge, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11va ed., México, UNAM/Centro Mexicano de Derecho Uniforme/Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

- Chen Su, La construcción del sistema legal en la economía de mercado en China, Oropeza García, Arturo (coord.), México China. *Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IIJ-UNAM, 2008.
- Li, Lin, Historia del Derecho chino y su sistema jurídico contemporáneo, en: Oropeza García, Arturo (coord.), *México China. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IIJ-UNAM, 2008.
- Oropeza García, Arturo (coord.), Introducción, México China. *Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IIJ-UNAM, 2008.
- Oropeza García, Arturo, Modernización del derecho chino en el último siglo, OEA (coord.), *Curso de Derecho Internacional XXXIX, 2012*, tomo 32, Washington, DC, 2013.
- Peña González, María A., China: el camino hacia la restauración capitalista, *Seminario Electrónico Internacional sobre Política China*, ASIARED, Barcelona. Disponible en: <http://www.asiared.com/es/downloads2/maria-alejandra-pena.pdf>.
- SNA, *Derecho internacional público*, IIJ-UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3262/9.pdf>.
- Staiano, María Francesca, La cultura jurídica china: entre tradición e internacionalización, *Revista BCR, Revista Institucional*, núm. 1529. Disponible en: <https://www.bcr.com.ar/Pages/Publicaciones/inforevista.aspx?IdArticulo=250>.
- Woods, Alan, China. La revolución china de 1949, Centro de Estudios Socialistas. Disponible en: <https://centromarx.org/index.php/documentos/historia/china/102-la-revolucion-china-de-1949>.