

Comentario sobre *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, Informe del Grupo Especial, 5 de julio de 2011

Bradly J. Condon

El 5 de julio de 2011, el Grupo Especial distribuyó su informe en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*.¹ Los Estados Unidos, la Unión Europea y México fueron los reclamantes. China y los reclamantes apelaron determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas contenidas en el informe del Grupo Especial.

Las medidas en litigio eran cuatro tipos de limitaciones de las exportaciones que impone China con respecto al bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, carburo de silicio, silicio metálico, fósforo amarillo y cinc. China es un productor importante de cada una de esas materias primas. Los reclamantes adujeron que el uso de limitaciones de las exportaciones genera escasez y eleva los precios de las materias primas en los mercados mundiales. Añadieron que dichas limitaciones también proporcionan a la rama de producción china una ventaja importante mediante el acceso a un suministro suficiente y a precios inferiores y más estables por lo que respecta a las materias primas.

En su Protocolo de Adhesión a la OMC, China se comprometió a eliminar todos los derechos de exportación, a excepción de los aplicables a varios productos enumerados en un Anexo del mismo, y a no aplicar contingentes de exportación (restricciones de las cantidades que pueden exportarse). El Grupo Especial concluyó que los derechos de exportación de China eran incompatibles con el Protocolo de Adhesión. El Grupo Especial constató también que los contingentes de exportación impuestos por China a algunas de las materias primas eran incompatibles con las normas de la OMC.

El Grupo Especial constató que China no podía recurrir a las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar sus derechos de exportación incompatibles con su Protocolo de Adhesión. Como parte de este análisis, el Grupo Especial opinó que las excepciones generales del artículo XX del GATT no se aplican a los demás acuerdos abarcados de la OMC, a menos que estén incorporados en un acuerdo. Es el primer informe de la OMC que expresa una opinión sobre esta cuestión de importancia sistémica. Consideró además que, incluso si China pudiera invocar esas excepciones, no había cumplido los requisitos de los apartados b) y g) del artículo XX. El Grupo Especial también analizó la excepción en el artículo XI:2(a) del GATT, por primera vez en la jurisprudencia de la OMC.

Este informe es importante por el análisis nuevo y original sobre el alcance de las excepciones generales del artículo XX del GATT en el derecho de la OMC, la diferencia entre el artículo XX(g) y el artículo XI:2(a) del GATT y la interpretación y aplicación de estas dos excepciones.

El Grupo Especial también analizó otras medidas bajo el Protocolo de Adhesión y los artículos VIII, X, XI:1 del GATT. Sin embargo, esos aspectos del informe no se analizan en este comentario.

Este comentario considera el informe del Grupo Especial en tres partes. Primero, vemos el análisis de los derechos de exportación en el marco del Protocolo de Adhesión de China. Segundo, vemos el análisis de los contingentes de exportación en el marco del artículo XI del GATT. Tercero, vemos el análisis de ambas clases de medidas en el marco del artículo XX del GATT.

¹ Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* (*China – Materias primas*), WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011.

I. Derechos de exportación

En 2009 China impuso derechos de exportación a varias formas de bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, silicio metal, fósforo amarillo y cinc.² Eliminó los derechos de exportación aplicables al fósforo amarillo el 1º de julio de 2009, antes de la fecha de establecimiento del Grupo Especial.³ Los demás derechos de exportación estaban en vigor en la fecha de establecimiento del Grupo Especial. El Grupo Especial concluyó que los derechos de exportación eran incompatibles con la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China con respecto al bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, silicio metal y cinc. El Grupo Especial opinó que era necesario hacer constataciones sobre las medidas cuando actúan conjuntamente, a fin de que medidas renovadas anualmente no eludan el examen en un procedimiento de solución de diferencias en la OMC por el mero hecho de que expiren durante las actuaciones del Grupo Especial. Concluyó, además, que China no entabló consultas con otros Miembros de la OMC afectados antes de imponer los derechos de exportación, en incumplimiento del anexo VI de su Protocolo de Adhesión.⁴

¿Puede China invocar el artículo XX?

En el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, el Órgano de Apelación concluyó que China podía invocar el artículo XX del GATT como defensa de una infracción de la sección 5.1 de su Protocolo de Adhesión.⁵ En *China – Materias primas*, China invocó el artículo XX como defensa de una infracción de la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión, lo cual dice:

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.

Según el Grupo Especial, la elección deliberada de un texto que prevé excepciones en la sección 11.3, junto con la omisión de referencias generales al Acuerdo sobre la OMC o al GATT, sugiere que los Miembros de la OMC y China no tuvieron intención de incorporar a la sección 11.3 las defensas previstas en el artículo XX del GATT.⁶ El Grupo Especial observó que las palabras "en conformidad con el GATT de 1994" y "[s]in perjuicio del derecho de China a regular el comercio de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC" aparecen en la sección 11.1 y la sección 11.2, pero no aparecen en la sección 11.3. A juicio del Grupo Especial, esa diferencia demuestra una elección deliberada por China y los Miembros de la OMC que refleja un acuerdo de que, como los compromisos en materia de derechos de exportación derivan exclusivamente del Protocolo de Adhesión de China, el artículo XX no sería aplicable a esos compromisos.⁷ Además, el Grupo Especial no encontró en el informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China ninguna disposición expresa o implícita que permitiría a China

² Ibid, párrafo 7.59.

³ Ibid, párrafo 7.63.

⁴ Ibid, párrafo 7.105.

⁵ Véase Bradly J. Condon, Comentario sobre China – Publicaciones y productos audiovisuales, Informe del Órgano de Apelación, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/ComentarioChinaPublicaciones.pdf.

⁶ Informe del Grupo Especial, China – Materias primas, párrafo 7.129.

⁷ Ibid, párrafo 7.138.

invocar las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar infracciones de la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión.⁸

El Grupo Especial también consideró el contexto que ofrecen otras disposiciones del Acuerdo sobre la OMC. Observó que el Acuerdo de Marrakech no contiene ninguna excepción general. Más bien, cada Acuerdo de la OMC establece su propia serie de excepciones o flexibilidades aplicables a las obligaciones específicas que figuran en cada uno de ellos.⁹ Entonces, surgió la cuestión de si el artículo XX del GATT puede invocarse para justificar una infracción de una disposición que no figura en el GATT. El Grupo Especial consideró que la referencia en el preámbulo del artículo XX al "presente Acuerdo" sugiere que las excepciones en él establecidas atañen únicamente al GATT de 1994, y no a otros acuerdos. También notó que los Miembros de la OMC han incorporado por referencia las disposiciones del artículo XX del GATT a otros acuerdos abarcados, por ejemplo, en el Acuerdo sobre las MIC. Concluyó que el fundamento jurídico para aplicar las excepciones del artículo XX a las obligaciones MIC radica en el texto incorporado al Acuerdo sobre las MIC, no en el texto del artículo XX del GATT. También notó que otros Acuerdos de la OMC contienen sus propias excepciones, como las excepciones generales en el artículo XIV del AGCS. Otros Acuerdos abarcados, como los Acuerdos sobre los ADPIC, OTC o MSF, también contienen sus propias flexibilidades y excepciones. Por lo tanto, el Grupo Especial opinó que, si se hubiera querido que el artículo XX pudiera aplicarse a la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China, se habría insertado un texto para sugerir esa relación. Sin embargo, no se hizo.¹⁰ Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que no había fundamento alguno para aplicar el artículo XX del GATT a las obligaciones de la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión.¹¹

II. Contingentes de exportación

La Ley de Comercio Exterior de China otorga facultades para restringir o prohibir la exportación de mercancías mediante contingentes de exportación para alcanzar determinados objetivos específicos, como proteger la salud o la vida de las personas, o prohibir la exportación de recursos que son agotables.¹² Los reclamantes alegaron que los contingentes de exportación aplicados por China a la bauxita, el coque, el espato flúor, el carburo de silicio y el cinc eran incompatibles con el artículo XI:1 del GATT. También alegaron que eran incompatibles con la sección 1.2 del Protocolo de Adhesión de China y los párrafos 162 y 165 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China.¹³

a. Artículo XI:1 del GATT

El artículo XI:1 prohíbe las restricciones o prohibiciones de la importación y la exportación, incluidas las aplicadas mediante contingentes de exportación. El Grupo Especial citó a varios informes de grupos especiales sobre el sentido del término "restricciones" en el artículo XI:1. En el asunto *Colombia - Puertos de entrada*, el Grupo Especial concluyó que el término "restricciones" en el artículo XI:1 alude a medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso al mercado de las importaciones, o hacen que la importación sea

⁸ Ibid, párrafo 7.148.

⁹ Ibid, párrafo 7.150.

¹⁰ Ibid, párrafos 7.152-7.154.

¹¹ Ibid, párrafo 7.159.

¹² Ibid, párrafo 7.172.

¹³ Ibid, párrafo 7.161.

prohibitivamente costosa.¹⁴ En el asunto *India - Restricciones cuantitativas*, el Grupo Especial concluyó que el ámbito del término "restricción" es "amplio", y que es "una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativas".¹⁵ En el asunto *India - Automóviles*, el Grupo Especial concluyó que el artículo XI:1 es aplicable a condiciones que son "limitadoras" o tienen un "efecto limitativo... [en] la importación misma".¹⁶ El Grupo Especial también citó varios informes en los cuales se había constatado que los contingentes son incompatibles con el artículo XI:1.¹⁷ Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que los contingentes de exportación son incompatibles con el artículo XI:1 porque tienen un efecto restrictivo o limitativo en la exportación.¹⁸

El Grupo Especial había concluido que China no puede invocar el artículo XX del GATT para justificar la imposición de *derechos* de exportación incompatibles con su Protocolo de Adhesión. Sin embargo, todas las partes habían debatido la interpretación y aplicación de los apartados b) y g) del artículo XX por lo que respecta a los derechos de exportación. El Grupo Especial decidió analizar, a efectos de argumentación, si el artículo XX(b) podría justificar los derechos de exportación aplicados al coque, magnesio, manganeso y cinc y si el artículo XX(g) del GATT podría justificar los derechos de exportación aplicados al espato flúor. China sostuvo que un derecho de exportación y un contingente de exportación son "medidas funcionalmente equivalentes", porque "el efecto restrictivo de un derecho de exportación puede ser igual al de un contingente de exportación, y viceversa". China defendió colectivamente sus derechos de exportación y contingentes de exportación en su defensa al amparo del artículo XX. El Grupo Especial agrupó algunos argumentos bajo el apartado (g) y otros bajo el apartado (b) del artículo XX.¹⁹

China también había invocado la defensa del artículo XI:2(a) para su contingente aplicado a la bauxita. Entonces, el Grupo Especial analizó las defensas de China de la siguiente manera: (1) el artículo XI:2(a) concerniente a la bauxita de calidad refractaria; (2) el artículo XX(g) para justificar su contingente de exportación de bauxita de calidad refractaria y sus derechos de exportación sobre el espato flúor; y (3) el artículo XX(b), primero con respecto a los derechos de exportación sobre el coque, el manganeso metal y el magnesio metal y sus contingentes de exportación de coque y de carburo de silicio, caracterizados como "productos de alto consumo energético, muy contaminantes y basados en los recursos" ("productos EPR"), y segundo con respecto a los derechos de exportación sobre formas de desechos de cinc, manganeso y magnesio, a los que se refiere como "productos de desechos de metales no ferrosos" ("productos de desecho").²⁰

b. Artículo XI:2(a) del GATT

¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.240.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, *India - Restricciones cuantitativas*, párrafo 5.128.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.270. También véanse el informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafos 7.233 y 7.234; el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.371; y el informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafos 7.252 y 7.258.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial del GATT, *Francia - Restricciones a la importación*; el informe del Grupo Especial del GATT, *Japón - Productos agrícolas I*; el informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Azúcar*; y el informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Exención relativa al azúcar*.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, *China - Materias primas*, párrafo 7.206-7.207, 7.224.

¹⁹ *Ibid*, párrafos 7.229-7.231.

²⁰ *Ibid*, párrafos 7.234-7.235.

El Artículo XI:2(a) del GATT dispone lo siguiente: "Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán 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". Hasta la fecha ningún grupo especial de la OMC ni el Órgano de Apelación lo habían interpretado.

El Grupo Especial determinó que el Artículo XI:2(a) debe considerarse desde la perspectiva del Miembro que aplica la restricción.²¹ Estuvo de acuerdo con China de que las palabras "prohibiciones o restricciones" en el artículo XI:2(a) tienen el mismo sentido y el mismo alcance que las palabras idénticas utilizadas en el artículo XI:1.²²

El Grupo Especial interpretó el artículo XI:2(a) a la luz del artículo XX(g), que aborda la conservación de los recursos naturales agotables. Deben interpretarse armoniosamente para no hacer una interpretación que permitiría a los Miembros recurrir indistintamente al artículo XI:2(a) o al artículo XX(g) para tratar el problema de un recurso natural agotable. Observó que el artículo XX(g), en virtud de la parte introductoria del artículo XX, incorpora protecciones adicionales para velar por que la aplicación de una medida no dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable o represente una restricción encubierta al comercio internacional. El artículo XI:2(a) no impone limitaciones similares. La falta de esas salvaguardias en el artículo XI:2(a) respaldó su opinión de que una restricción o prohibición aplicada al amparo de éste tiene que ser de duración limitada, y no indefinida.²³ Además, consideró que el artículo XI:2(a) sólo permite aplicar restricciones o prohibiciones por un tiempo limitado para hacer frente a una "escasez aguda" de "productos esenciales".²⁴

Con arreglo al artículo XI:2(a), los productos pueden ser "productos alimenticios" u "otros productos". La expresión "otros productos" está matizada por las palabras "esenciales para [el Miembro] exportador". Las palabras "para [el Miembro] exportador" se añadieron al borrador inicial del artículo XI:2(a) para aclarar que "la importancia de cualquier producto debe juzgarse en relación con el país en particular de que se trate".²⁵ Entonces, el producto tiene que ser "importante" o "necesario" o "indispensable" para un Miembro en particular.²⁶ Sin embargo, esto no significa que un Miembro de la OMC puede por sí mismo determinar si un producto es esencial para él. Para determinar si un producto es "esencial" para un Miembro deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas que ese Miembro afronta en el momento en que aplica una restricción o prohibición.²⁷

El Grupo Especial interpretó "escasez" como una deficiencia en la cantidad de las mercancías. Él término "aguda" indica que una escasez tiene que ser de "importancia decisiva" o "grave", o que haya incluso alcanzado el nivel de una "crisis" o catástrofe. El artículo XI:2(a) dispone que pueden utilizarse temporalmente medidas en forma de restricciones o prohibiciones para directamente "prevenir" o de otro modo "remediar" esa escasez. La obligación de que las medidas se apliquen "temporalmente" informa contextualmente la noción de "escasez aguda". Si no hay posibilidad alguna de que una escasez existente deje alguna vez de existir, no será posible "prevenir o remediar" esa escasez mediante una restricción de las exportaciones aplicada temporalmente. Si se impusiera una medida para hacer frente a una reserva limitada de un recurso natural

²¹ Ibid, párrafo 7.247.

²² Ibid, párrafos 7.249-7.250.

²³ Ibid, párrafos 7.257-7.258.

²⁴ Ibid, párrafo 7.260.

²⁵ Ibid, párrafo 7.273.

²⁶ Ibid, párrafo 7.275.

²⁷ Ibid, párrafo 7.276.

agotable, esa medida se impondría hasta el momento en que el recurso se hubiera agotado totalmente. Sin embargo, el artículo XI:2(a) tiene por objeto regular una situación distinta de la contemplada en el artículo XX(g).²⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que el artículo XI:2(a) se aplica a las situaciones o eventos que pueden prevenirse o remediarse mediante la aplicación de medidas con carácter temporal, y no indefinido o permanente.²⁹

China identificó una serie de factores cuantitativos y cualitativos, incluyendo "factores geológicos, técnicos, ambientales, sociales, económicos y políticos", para demostrar que el contingente de exportación de bauxita de calidad refractaria se aplica temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de un producto esencial para China. El Grupo Especial concluyó que la bauxita de calidad refractaria es actualmente "esencial" para China. La bauxita de calidad refractaria es un producto intermedio importante en la producción de hierro y acero, así como de otros productos importantes para los mercados interior y de exportación de China. China es el mayor productor de acero del mundo, con más de un tercio de la producción mundial. El 70 por ciento de la bauxita de calidad refractaria es consumido por la industria siderúrgica de China. El hierro y el acero son productos importantes para las industrias manufacturera y de la construcción, dos sectores fundamentales que impulsan la industria y el desarrollo de China. Además, la rama de producción de acero de China representa una fuente de empleo significativa.³⁰ Agregado a estos factores, es complicado determinar la disponibilidad de un producto sustituto.³¹

Sin embargo, el Grupo Especial no consideró que China aplicaba "temporalmente" la medida, en el sentido del párrafo del artículo XI:2(a), de manera que se justifique su imposición como una medida para prevenir o remediar una "escasez aguda". La importancia de la utilización del producto, aunque es pertinente en una evaluación de si un producto es "esencial" para un Miembro, no contribuye a comprender si actualmente hay escasez. La estimación de reservas de bauxita para 16 años hecha por China sugiere que tiene intención de mantener en vigor su medida hasta el agotamiento de las reservas que aún restan o hasta que nuevas tecnologías o condiciones reduzcan la demanda de bauxita de calidad refractaria. La restricción de las exportaciones de bauxita de calidad refractaria, que está en vigor desde hace por lo menos 10 años, sin indicaciones de cuando se retirará y con muchas indicaciones de que se mantendrá hasta que las reservas se hayan agotado, no se "aplica temporalmente" para hacer frente a una escasez aguda en el sentido del artículo XI:2(a). Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que China no pudo justificar su contingente de exportación invocando el artículo XI:2(a). Además, los reclamantes alegaron que hay reservas de bauxita de calidad refractaria para 91 años. Aunque el Grupo Especial aceptara que las reservas de bauxita de calidad refractaria sólo durarán 16 años, ello no demostraría la existencia de una situación "de importancia decisiva" o que sea "grave", hasta alcanzar el nivel de una "crisis" y calificarse como una "escasez aguda".³²

III. El artículo XX del GATT

El Grupo Especial analizó los derechos de exportación y los contingentes de exportación juntos, porque así presentó China su defensa bajo el artículo XX del GATT.

²⁸ Ibid, párrafos 7.296-7.299.

²⁹ Ibid, párrafo 7.306.

³⁰ Ibid, párrafos 7.338-7.340.

³¹ Ibid, párrafo 7.343.

³² Ibid, párrafos 7.346-7.351.

a. El artículo XX(g) del GATT

El Grupo Especial resumió la jurisprudencia pertinente de la OMC sobre el artículo XX(g) del GATT y consideró el sentido del término “conservación” a la luz de ésta y a la luz de la referencia al desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. También hizo referencia al párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena, que dispone que al interpretar un tratado deberá tenerse en cuenta, junto con el contexto, "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". El Grupo Especial consideró que debía "tener en cuenta" el principio de soberanía sobre los recursos naturales en su interpretación del artículo XX(g) del GATT, de manera que respeta los derechos soberanos de los Miembros de la OMC sobre sus propios recursos naturales. A su vez, el Grupo Especial observó que la capacidad de suscribir acuerdos internacionales (como el Acuerdo sobre la OMC) es un ejemplo paradigmático del ejercicio de la soberanía.³³

El Grupo Especial también consideró el artículo XX(i), lo cual dispone expresamente que las restricciones a la exportación de materias primas nacionales no pueden imponerse para aumentar la protección de la industria nacional. Concluyó que el artículo XX(g) no puede interpretarse de manera que contradiga las disposiciones del artículo XX(i). El artículo XX(g) no puede permitir a un Miembro hacer indirectamente, por lo que respecta a las materias primas, lo que el artículo XX(i) prohíbe directamente. Por lo tanto, los Miembros de la OMC no pueden recurrir al artículo XX(g) para excusar la imposición de restricciones a la exportación adoptadas en ayuda del desarrollo económico si se aplican para aumentar la protección de la industria nacional.³⁴

El artículo XX(g) también requiere que el demandado demuestre que la medida impugnada se está aplicando conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. El Grupo Especial consideró que el sentido corriente de "restricción" es el de algo que tiene un efecto limitativo. Después de considerar la jurisprudencia relevante del GATT y de la OMC, el Grupo Especial consideró que las restricciones a la producción o al consumo nacionales no sólo tienen que aplicarse conjuntamente con las restricciones a la exportación impugnadas, sino que además esas restricciones a la exportación deben tener por finalidad velar por la eficacia de esas restricciones nacionales. Esto requiere que tanto las restricciones a la exportación como las restricciones nacionales conexas operen al mismo tiempo, lo cual es coherente con la exigencia de que la restricción a la exportación esté destinada principalmente a hacer efectiva la restricción nacional. También requiere una aplicación imparcial de restricciones a la producción o al consumo nacionales. Siempre que las restricciones a la oferta nacional se impongan con imparcialidad, el artículo XX(g) no obliga a los países que disponen de recursos a asegurarse de que el desarrollo económico de otros países usuarios se beneficie de manera idéntica de la explotación de los recursos de aquéllos. El derecho de China al desarrollo económico y su soberanía sobre sus recursos naturales no están en conflicto con sus derechos y obligaciones como Miembro de la OMC. Cuando China optó por adherirse a la OMC, aceptó que sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales se ejercerían dentro de los parámetros de las disposiciones de la OMC, incluyendo las del artículo XX(g). El artículo XX(g) no puede invocarse en defensa de medidas incompatibles con el GATT cuyo objetivo o efectos sean aislar a los productores nacionales de la competencia extranjera invocando la conservación.³⁵

³³ Ibid, párrafos 7.374-7.382.

³⁴ Ibid, párrafo 7.386.

³⁵ Ibid, párrafos 7.394-7.408.

El Grupo Especial concluyó que los contingentes de exportación aplicados a la bauxita de calidad refractaria y los derechos de exportación aplicados al espato flúor no estaban justificados de conformidad con el artículo XX(g) del GATT. En primer lugar, concluyó que no eran medidas relativas a la conservación. Un documento de política en materia de minerales presentado por China aludía principalmente a las ventajas económicas y de desarrollo que China puede conseguir mediante la explotación de sus recursos minerales. Otros documentos no apoyaron el argumento de China de que su meta era la conservación. Por ejemplo, se había producido un aumento sustancial del consumo interno de espato flúor y bauxita de calidad refractaria. El Grupo Especial consideró que las restricciones a la exportación pueden tener efectos desfavorables a largo plazo sobre la conservación como consecuencia de un aumento de la demanda del sector de transformación. Una restricción a la exportación de un recurso natural agotable, al reducir el precio de las materias primas en el país, actúa en la práctica como una subvención al sector de transformación, con el resultado probable de que el sector de transformación requerirá con el tiempo más recursos de lo que hubiera hecho de no haber existido la restricción a la exportación. Esto podría contrarrestar la reducción de la extracción determinada por la restricción a la exportación. Tampoco había un vínculo claro entre la manera en que se fijan el derecho y el contingente y ningún objetivo de conservación. Finalmente, el Grupo Especial consideró que unas medidas que aumentan los costos de la bauxita de calidad refractaria y el espato flúor para los consumidores extranjeros pero disminuyen esos costos para los usuarios nacionales difícilmente pueden conciliarse con el objetivo de conservar la bauxita de calidad refractaria y el espato flúor. Por lo tanto, no eran medidas "relativas a la conservación".³⁶

El Grupo Especial también concluyó que las medidas no se aplicaban conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. China no demostró que su tipo impositivo del 1 por ciento y su gravamen de compensación del 2 por ciento (máximo) operen como una restricción eficaz de la extracción. Otras medidas tampoco eran eficaces para reducir la producción o el consumo de bauxita de calidad refractaria o espato flúor. Por ejemplo, un tope de extracción de 11 millones de toneladas métricas de minerales de espato flúor para 2010 superaba el total de extracción de 9,4 millones de toneladas métricas de minerales de espato flúor alcanzado en 2009. China argumentó que esta clase de medidas tenían como objetivo tener un periodo de transición y que limitaría la producción en el futuro. El Grupo Especial rechazó este argumento, razonando que el artículo XX(g) no permite un Miembro recurrir a una restricción nacional futura o posible. Tampoco respetarán los criterios del artículo XX(g) las medidas promulgadas concurrentemente pero que sólo tienen efectos, o se prevé que tendrán efectos, en el futuro, ya que no deben sólo existir concurrentemente; tienen que operar concurrentemente. Concluyó que China no había demostrado que sus restricciones a la exportación de bauxita de calidad refractaria y espato flúor se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales, porque las restricciones no tenían por objeto obligar a reducir la producción o el consumo nacionales, ni lo estaba haciendo.³⁷

El Grupo Especial también concluyó que China no había cumplido con la obligación de imparcialidad de las restricciones a la producción o al consumo nacionales. Citó el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, donde dijo que, si no hay restricciones a la producción o al consumo nacionales, no puede afirmarse que las restricciones a la exportación son imparciales.³⁸

³⁶ Ibid, párrafos 7.419-7.435.

³⁷ Ibid, párrafos 7.444-7.458.

³⁸ Ibid, párrafo 7.462.

Según el Grupo Especial, la mera existencia de una restricción a la producción no implica automáticamente imparcialidad entre la restricción a la exportación y la restricción nacional. También razonó que, aunque no hay obligación de dar un trato idéntico en virtud del artículo XX(g), si *no* se impone ninguna restricción similar o paralela a los usuarios nacionales o al consumo nacional, y todas las limitaciones afectan *únicamente* a los consumidores extranjeros, no puede considerarse que las restricciones a la exportación son imparciales. Tampoco estarían destinadas principalmente, o al menos destinadas sustancialmente, a la consecución de objetivos de conservación. Para demostrar la imparcialidad, China tendría que probar que la repercusión del derecho de exportación o el contingente de exportación sobre los usuarios extranjeros se equilibra de algún modo mediante una medida que impone restricciones a los usuarios y consumidores nacionales. China no había satisfecho esa obligación. Por lo tanto, el Grupo Especial opinó que China no había demostrado que las restricciones a la exportación que impuso en 2009 se aplicaron o se hubieron aplicado posteriormente conjuntamente con restricciones nacionales destinadas a limitar la producción y el consumo en el presente. Además, China no había demostrado que sus medidas internas encaminadas a restringir la producción o el consumo impongan actualmente una carga imparcial a los consumidores extranjeros y a los nacionales.³⁹

Dada su conclusión de que las restricciones a la exportación de bauxita de calidad refractaria y espato flúor no podían justificarse al amparo del artículo XX(g) del GATT, el Grupo Especial no examinó si su aplicación era compatible con la parte introductoria del artículo XX.⁴⁰

b. Artículo XX(b) del GATT

En el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación dijo lo siguiente en su análisis de si las medidas brasileñas que prohibían la importación de los Neumáticos recauchutados eran necesarias para proteger el medio ambiente:

Reconocemos que sólo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción. A corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución a los objetivos ambientales o de salud pública de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global. Además, los resultados de determinadas acciones -por ejemplo de medidas adoptadas para atenuar el calentamiento global y el cambio climático, o de determinados actos preventivos encaminados a reducir la incidencia de enfermedades que sólo pueden manifestarse después de transcurrido un cierto período- sólo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo. Para justificar una prohibición de las importaciones en el marco del apartado b) del artículo XX, es necesario que el Grupo Especial esté convencido de que esa prohibición hace una contribución importante al logro de su objetivo. Naturalmente, esa demostración puede hacerse recurriendo a pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente, que establezcan que la prohibición de las importaciones en litigio contribuye de manera importante a la protección de los objetivos ambientales o de salud pública perseguidos. No obstante, no es éste el único tipo de demostración que puede establecer esa contribución. En consecuencia, un grupo especial puede llegar a la conclusión de que una prohibición de las importaciones es necesaria sobre la base de la demostración de que la prohibición de las importaciones en litigio es adecuada para hacer una

³⁹ Ibid, párrafos 7.464-7.466.

⁴⁰ Ibid, párrafo 7.469.

contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración puede consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes.⁴¹

En *China – Materias primas*, el Grupo Especial tuvo que enfrentar argumentos de China basados en esta decisión del Órgano de Apelación.

China invocó el artículo XX(b) del GATT para justificar determinados derechos de exportación y contingentes de exportación que mantiene sobre ciertas materias primas: (1) derechos de exportación sobre los desechos de magnesio, manganeso y cinc (insumos para producción secundaria/materiales reciclados); (2) derechos de exportación sobre los "metales" o "productos de alto consumo energético, muy contaminantes y basados en los recursos" (EPR) (el coque, el magnesio metal, el manganeso metal, es decir, producción primaria); y (3) los contingentes de exportación de otros productos EPR (coque y carburo de silicio). Afirmó que esas restricciones a la exportación eran necesarias para proteger la salud de su población, ya que reducen la contaminación emitida cuando las materias primas se extraen o producen. Según China, los derechos de exportación sobre los productos de desecho son necesarios para asegurar una oferta regular de esos productos para la industria de reciclaje, que facilita un cambio de la producción primaria (contaminante) a la producción secundaria (mucho menos contaminante). China sostuvo que los derechos de exportación sobre productos EPR darán lugar a una reducción de la producción de esas materias primas, reduciendo así la contaminación que causan. En general, China adujo que todas las restricciones a la exportación forman parte de un marco global de medidas ambientales promulgadas para reducir la contaminación a fin de proteger la salud de la población china.⁴²

¿Las medidas están destinadas al tema del artículo XX(b)?

El Grupo Especial examinó la jurisprudencia de los grupos especiales y el Órgano de Apelación sobre la interpretación del artículo XX(b). Después analizó si las medidas impugnadas estaban comprendidas en el grupo de políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales, examinando el diseño y la estructura de las medidas. Reconoció que un grupo especial no está facultado para poner en tela de juicio el nivel de protección escogido por los Miembros, porque tienen el derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiado. También observó que China estaba invocando la justificación del artículo XX para algunas restricciones a la exportación, pero no para otras restricciones similares sobre productos similares.⁴³

El Grupo Especial observó que en las medidas no se hace referencia alguna a preocupaciones ambientales o sanitarias. China afirmó que se adoptaron en aplicación del Undécimo plan quinquenal de protección del medio ambiente, pero el Grupo Especial no encontró referencia a las medidas impugnadas en ese documento. Otro documento, la *Circular sobre las medidas para controlar la exportación de productos EPR*, indicaba que el objetivo de las medidas fue el desarrollo económico, no la protección del medio ambiente y la salud. Además, no estaba claro en qué manera las medidas limitaban de manera significativa la producción de productos EPR y, en consecuencia, no estaba claro como podían lograr el objetivo ambiental. Tampoco estaba claro en qué forma las medidas servían para conservar productos básicos. Según el Grupo Especial, China no presentó pruebas convincentes de una conexión entre las

⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

⁴² Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.470-7.471.

⁴³ *Ibid*, párrafos 7.479-7.496.

normas de protección del medio ambiente y las restricciones a la exportación. Tampoco había pruebas de que las restricciones a la exportación habían de ponerse en vigor como parte de un programa global o, al menos, de un objetivo declarado de velar por la "protección del medio ambiente". Según el Grupo Especial, un Miembro tiene que hacer algo más que simplemente presentar una lista de medidas que hacen referencia, entre otras cosas, a la protección del medio ambiente y los productos contaminantes. Tiene que demostrar en qué modo esos instrumentos cumplen el objetivo que supuestamente trata de alcanzar. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que ni las medidas de aplicación de las restricciones a la exportación ni las leyes y reglamentos contemporáneos manifiestan en sus textos que las restricciones a la exportación estén contribuyendo a un programa global para la consecución de su objetivo ambiental declarado, o formen parte de él. Algunas de las pruebas indicaban que, contrariamente a lo que afirmaba China, los derechos de exportación en litigio estaban directamente relacionados con el objetivo económico de que los productos en cuestión asciendan en la cadena de valor. El Grupo Especial expresó su preocupación por las repercusiones sistémicas de interpretar el artículo XX(b) de forma que permita: (1) el uso de restricciones a la exportación de cualesquiera productos contaminantes por el hecho de que dichas restricciones reducen la producción de esos productos y, en consecuencia, la contaminación; o (2) imponer esas restricciones sobre cualesquiera materias primas simplemente porque contribuyen a aumentar el crecimiento y, a su vez, en última instancia a reducir la contaminación. Por tanto, consideró que por lo que respecta al artículo XX sólo se acepten como compatibles con la OMC las restricciones a la exportación que contribuyen de manera importante al objetivo de política ambiental. Por consiguiente, el Grupo Especial constató que las medidas impugnadas no formaban parte de un programa global mantenido con objeto de reducir la contaminación resultante de la producción de productos EPR.⁴⁴

¿Las medidas son necesarias?

En el siguiente paso de su análisis, el Grupo Especial consideró primero si las medidas contribuyen de manera importante al objetivo de proteger la salud de la población china. El Grupo Especial entendió la decisión del Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados* en el sentido de que la determinación de si las restricciones a la exportación de productos EPR son o no necesarias para la protección de la salud de la población china depende de que esas medidas sean o no adecuadas como contribución importante a la realización del objetivo declarado de China de reducir la contaminación causada por la producción de productos EPR. China argumentó que esta decisión del Órgano de Apelación sugiere que, a efectos del artículo XX(b), la "contribución" de las restricciones comerciales debe evaluarse tanto actualmente como en el futuro.⁴⁵ Los reclamantes alegaron que el verdadero objetivo de China para mantener las restricciones a la exportación no es reducir la contaminación causada por la extracción de productos EPR, sino asegurarse de que los usuarios nacionales tengan acceso preferencial a las materias primas en detrimento de sus contrapartes extranjeras.⁴⁶ Según el Grupo Especial, incumbía a China demostrar que sus restricciones a la exportación contribuyen, o son adecuadas como contribución, a la realización del objetivo de política permitido por el artículo XX(b). Citó al Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados* diciendo que "esa demostración puede

⁴⁴ Ibid, párrafos 7.501-7.516.

⁴⁵ Ibid, párrafo 7.518.

⁴⁶ Ibid, párrafo 7.522.

consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes".⁴⁷

El Grupo Especial consideró que, en las ramas de producción donde los vínculos verticales son importantes, el criterio para determinar la contribución importante al objetivo declarado debe integrar las políticas que pueden contrarrestar el supuesto efecto de la política en vigor. La combinación de dos o más políticas podría anular el efecto de cada una en la contaminación, contribuyendo únicamente al logro de otros objetivos (como el desarrollo del sector de transformación). Las restricciones a la exportación de minerales de manganeso (utilizados como insumo en la producción primaria de manganeso metal) reduce el precio interior de los minerales en China y constituye un incentivo para producir metales. Por consiguiente, las restricciones a la exportación de minerales podrían contrarrestar los efectos de reducción de la producción de las restricciones a la exportación de metales y, en consecuencia, sus presuntos efectos positivos sobre el medio ambiente. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que las restricciones a la exportación de productos *actualmente* no contribuyen de manera importante al objetivo perseguido.⁴⁸

China argumentó que sus medidas eran adecuadas como contribución importante al objetivo declarado en el futuro. A medio plazo, el "efecto de selección" obligaría a los productores a esforzarse para ser más eficientes en función de los costos y "es probable que los productores más eficientes sean aquellos que emplean métodos de producción más respetuosos con el medio ambiente. Este argumento no convenció al Grupo Especial. China también argumentó que las restricciones a la exportación eran adecuadas como contribución importante a largo plazo, porque "ayudarán a China, como país en desarrollo, a alcanzar sus objetivos ambientales a largo plazo facilitando el crecimiento económico de China, lo cual, a su vez, contribuye mucho a la protección del medio ambiente".⁴⁹ Este segundo argumento estaba basada en las pruebas empíricas de la denominada "curva ambiental de Kuznets", una correlación empírica entre los ingresos per cápita y la degradación del medio ambiente.⁵⁰ El Grupo Especial concluyó que, aunque el crecimiento hace estadísticamente más probable la protección del medio ambiente, esto no demuestra que las restricciones a la exportación sean necesarias para conseguir beneficios ambientales.⁵¹

En cuanto a los efectos de restricción del comercio de la medida, el Grupo Especial reconoció que los contingentes de exportación y derechos de exportación eran menos restrictivos de lo que serían prohibiciones totales (salvo para el cinc). Sin embargo, las restricciones a la exportación impuestas por China podían tener una repercusión importante en todo el mundo.⁵²

Por último, el Grupo Especial consideró la disponibilidad de medidas alternativas compatibles con la OMC o menos restrictivas del comercio. Los reclamantes presentaron seis tipos de medidas alternativas: (1) inversión en tecnologías más respetuosas con el medio ambiente; (2) mayor fomento y promoción del reciclaje de bienes de consumo; (3) ampliación de las normas ambientales; (4) inversión en la "infraestructura necesaria para facilitar el reciclaje de desechos"; (5) fomento de una mayor demanda local de materiales de desecho sin desalentar a la oferta local; y (6) establecimiento de restricciones a la producción o de controles de la contaminación en

⁴⁷ Ibid, párrafo 7.523.

⁴⁸ Ibid, párrafos 7.536-7.538.

⁴⁹ Ibid, párrafos 7.540-7.541.

⁵⁰ Ibid, párrafo 7.551.

⁵¹ Ibid, párrafo 7.553.

⁵² Ibid, párrafo 7.558.

los procesos de producción primaria.⁵³ China adujo que todas estas medidas alternativas ya estaban en vigor en China y que sus restricciones a la exportación complementaban estas medidas ya existentes, como parte de un marco ambiental global.⁵⁴ El Grupo Especial observó que, si China aducía que las medidas alternativas sugeridas por los reclamantes ya estaban en vigor en China, entonces China reconocía que esas alternativas están a su alcance.⁵⁵ Por tanto, concluyó que China disponía de un marco reglamentario para poner en vigor las medidas alternativas sugeridas por los reclamantes.⁵⁶ El Grupo Especial entendió que el argumento de China era que la utilización de restricciones a la exportación ofrece beneficios adicionales a los que las alternativas pueden por sí solas ofrecer.⁵⁷ El Grupo Especial concluyó que China no había demostrado que sus restricciones a la exportación podían justificarse como una medida necesaria para la reducción de la contaminación y la protección de la salud de la población china, porque no estableció que las alternativas que están a su alcance no pueden proporcionar el nivel de protección que ha decidido adoptar.⁵⁸ El Grupo Especial concluyó que China no había podido justificar por qué las alternativas compatibles con la OMC que son menos restrictivas del comercio y están a su alcance, identificadas por los reclamantes y cuya existencia reconoce China, no pueden utilizarse en lugar de aplicar restricciones a la exportación.⁵⁹

Por las razones arriba expuestas, el Grupo Especial constató que China no había demostrado que sus derechos de exportación sobre el manganeso metal, el magnesio metal y el coque, así como sus contingentes de exportación de coque y de carburo de silicio, estén justificadas al amparo del artículo XX(b).⁶⁰

IV. Observaciones finales

La constatación del Grupo Especial de que China no podía recurrir a las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar sus derechos de exportación incompatibles con su Protocolo de Adhesión fue bien fundada, en general. Sin embargo, la opinión general del Grupo Especial de que las excepciones generales del artículo XX del GATT no se pueden aplicar a los demás acuerdos abarcados de la OMC es más dudosa. Esta cuestión de importancia sistémica debe analizarse caso por caso y no en términos tan generales.

El análisis del Grupo Especial de la diferencia entre el artículo XX(g) y el artículo XI:2(a) del GATT, y la interpretación y aplicación de estas dos excepciones, fue bien fundada. Además, podría tener implicaciones importantes en futuros casos de restricciones sobre las importaciones y las exportaciones por motivos ambientales.

El análisis del Grupo Especial de los requisitos del artículo XX(b) es bastante interesante por dos razones. Primero, es el primer informe de la OMC en el cual se concluye que una medida no va dirigida al tema del artículo XX(b). Por lo tanto, establece un precedente importante sobre los límites de este artículo y las pruebas que un Miembro de la OMC debe presentar bajo este supuesto. Segundo, es el primer informe que considera las implicaciones del *obiter dictum* del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados* sobre el análisis de la contribución que una medida puede tener cuando forma parte de un conjunto de medidas que tienen como

⁵³ Ibid, párrafo 7.566.

⁵⁴ Ibid, párrafo 7.567.

⁵⁵ Ibid, párrafo 7.568.

⁵⁶ Ibid, párrafo 7.584.

⁵⁷ Ibid, párrafo 7.597.

⁵⁸ Ibid, párrafo 7.588.

⁵⁹ Ibid, párrafo 7.590.

⁶⁰ Ibid, párrafo 7.591.

objetivo enfrentar cuestiones ambientales en las cuales la evidencia científica de los efectos a largo plazo sea limitada. El ejemplo que citó el Órgano de Apelación en ese asunto fue el cambio climático. El razonamiento de ambos informes será importante cuando los Miembros de la OMC diseñen medidas para combatir el cambio climático que puedan tener efectos comerciales internacionales.