

Comentario sobre *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, Informe del Órgano de Apelación, 30 de enero de 2012

Bradly J. Condon

Resumen:

El 30 de enero de 2012, el Órgano de Apelación distribuyó su informe en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*. Los Estados Unidos, la Unión Europea y México fueron los apelantes. China y los apelantes apelaron determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas contenidas en el informe del Grupo Especial. El informe del Órgano de Apelación es importante porque aclara la importancia del artículo 6.2 del ESD y las circunstancias en las cuales un informe tiene efecto prospectivo. Aclara además que la aplicabilidad de las excepciones generales del artículo XX del GATT fuera de ese acuerdo depende de la disposición y el contexto específicos. También aclara la relación entre el artículo XX(g) y el artículo XI:2(a) del GATT y la interpretación y aplicación de estas dos excepciones.

Palabras clave: Artículo XX(g) GATT, artículo XI:2(a) GATT, restricciones a la exportación, solución de diferencias, China, Estados Unidos, México, Unión Europea, ESD, OMC.

Abstract:

On January 30, 2012, the Appellate Body circulated its Report on *China – Measures related to the exportation of various raw materials*. The United States, the European Union and Mexico were the appellants. China and the appellants appealed certain issues of law and legal interpretations in the Panel Report. The Appellate Body report is important because it clarifies the importance of Article 6.2 of the DSU and the circumstances in which a report has a prospective effect. Furthermore, it clarifies that the applicability of the general exceptions of Article XX of GATT beyond that agreement depends on the specific rule and context. It also clarifies the relationship between Article XX (g) and Article XI: 2 (a) of the GATT and the interpretation and application of these exceptions.

Keywords: Article XX (g) GATT, Article XI:2 (a) GATT, export restrictions, dispute settlement, China, United States, Mexico, European Union, DSU, WTO.

I. Introducción

El 30 de enero de 2012, el Órgano de Apelación 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 apelantes. China y los apelantes apelaron

¹ Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* (*China – Materias primas*), WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 de enero de 2012.

determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas contenidas en el informe del Grupo Especial.²

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. Fue 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 cumplidos 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.

El Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 6.2 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD) al formular constataciones sobre alegaciones supuestamente identificadas en la sección III de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por los reclamantes. Por consiguiente, declaró superfluas y carentes de efectos jurídicos varias constataciones formuladas por el Grupo Especial. También constató que el Grupo Especial no incurrió en error al recomendar que China ponga sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC de tal manera que unas "series de medidas" no actúen de modo que den lugar a un resultado incompatible con la OMC. En su análisis de esta cuestión, aclaró el efecto prospectivo de los informes de los grupos especiales. El Órgano de Apelación constató además que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que no hay en el Protocolo de Adhesión de China fundamento alguno para aplicar el artículo XX del GATT de 1994 a las obligaciones que corresponden a China en virtud de la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China. Sin embargo, no expresó una opinión sobre las

² Véase el comentario sobre el informe del Grupo Especial en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/Condon_ChinaMaterias_primas.pdf

circunstancias en las cuales las excepciones generales del artículo XX del GATT se aplican a los demás acuerdos abarcados de la OMC. Con respecto al párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994, confirmó la conclusión del Grupo Especial de que China no había demostrado que su contingente de exportación de bauxita de calidad refractaria se "apli[car] temporalmente" para prevenir o remediar una "escasez aguda". Finalmente, constató que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que la frase "se apliquen conjuntamente con", del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, exige que la finalidad de la restricción a la exportación debe ser velar por la eficacia de las restricciones a la producción y al consumo nacional.

El informe del Órgano de Apelación es importante porque aclara la importancia del artículo 6.2 del ESD y las circunstancias en las cuales un informe tiene efecto prospectivo. Aclara además que la aplicabilidad de las excepciones generales del artículo XX del GATT fuera de ese acuerdo depende de la disposición y el contexto específicos. También aclara la relación entre el artículo XX(g) y el artículo XI:2(a) del GATT y la interpretación y aplicación de estas dos excepciones.

II. Artículo 6.2 del ESD

El artículo 6.2 del ESD establece que las peticiones de establecimiento de grupos especiales indicarán si se han celebrado consultas, identificarán las medidas concretas en litigio y harán una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.³ Con respecto a la sección III de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial, China alegó que ésta no "relacionaba claramente": i) los párrafos expositivos y las 37 medidas enumeradas; ii) las 37 medidas enumeradas y las 13 disposiciones de tratados enumeradas; ni iii) las 13 disposiciones de tratados enumeradas y los párrafos expositivos.⁴ El Grupo Especial rechazó la alegación de China. El Grupo Especial concluyó que, con excepción de una alegación de la Unión Europea, "[l]as solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por los reclamantes, aclaradas en sus primeras comunicaciones, establecen una conexión suficiente entre las medidas enumeradas en la sección III y la lista de alegaciones de infracción".⁵

El Órgano de Apelación notó que el artículo 6.2 del ESD establece dos requisitos esenciales que debe cumplir el reclamante en su solicitud de establecimiento de un grupo especial: (1) la "identificación de las medidas concretas en litigio y (2) la presentación de una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación (o alegaciones)". En conjunto, esos dos elementos constituyen el "asunto sometido al OSD". Si cualquiera de ellos no está debidamente identificado, el asunto no estaría comprendido en el mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.1 del ESD. Son, por consiguiente, elementos centrales para definir el alcance de la diferencia que ha de examinar un grupo especial.⁶

³ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párrafo 218.

⁴ *Ibid.*, párrafo 213.

⁵ *Ibid.*, párrafo 217.

⁶ *Ibid.*, párrafo 219.

El Órgano de Apelación resumió sus informes anteriores sobre cómo determinar si una solicitud de establecimiento de un grupo especial es lo suficientemente precisa para cumplir el artículo 6.2 del ESD. Un grupo especial debe examinar minuciosamente el texto de la misma, lo cual implica un análisis caso por caso. Se puede hacer referencia a las comunicaciones de una parte para confirmar el significado de los términos empleados en la solicitud, pero esas comunicaciones no pueden tener el efecto de subsanar los defectos de una solicitud de establecimiento de un grupo especial deficiente. El hecho de que en la solicitud se identifiquen o no las "medidas concretas en litigio" puede depender del contexto específico en el que se apliquen esas medidas y puede requerir examinar el grado en que las medidas son susceptibles de identificarse de manera precisa. Una solicitud, en la que se impugnan varias medidas con fundamento en múltiples disposiciones de la OMC, es suficiente para presentar el problema con claridad si está suficientemente claro sobre qué medida o grupo de medidas causa qué problema. Para "presentar el problema con claridad", una solicitud debe relacionar claramente las medidas impugnadas con las disposiciones de los acuerdos abarcados cuya infracción se alega. En la medida que una disposición no establezca una obligación única y precisa, sino varias obligaciones, una solicitud deba especificar cuál de las obligaciones contenidas en la disposición se está impugnando. Una solicitud defectuosa puede menoscabar la capacidad de un grupo especial para llevar a cabo su función jurisdiccional dentro de los plazos estrictos previstos por el ESD y, en consecuencia, puede tener consecuencias para la pronta solución de una diferencia de conformidad con el artículo 3.3 del ESD. En consecuencia, los Miembros reclamantes deberían estar particularmente alertas cuando redactan sus solicitudes, sobre todo si se impugnan numerosas medidas al amparo de distintas disposiciones de un tratado.⁷

En este caso, el Órgano de Apelación consideró que las alegaciones no se formularon de manera que "presenten el problema con claridad" en el sentido del artículo 6.2. La sección III de las solicitudes se refiere genéricamente a las "Limitaciones adicionales impuestas a la exportación" y plantea varios problemas derivados de distintas obligaciones establecidas en virtud de diversas disposiciones del GATT de 1994, el Protocolo de Adhesión de China y el informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China. Ni en los títulos de las medidas ni en los párrafos expositivos se indican los diferentes grupos de medidas que se alega que actúan conjuntamente para causar cada una de las infracciones, o si se considera que ciertas medidas actúan aisladamente al causar el incumplimiento de una o más de las obligaciones.⁸ Consideró que la sección III de las solicitudes no invocaban todas las alegaciones, al amparo de todas las disposiciones de los tratados, con respecto a todas las medidas, sino que los reclamantes estaban impugnando algunas medidas por ser incompatibles con algunas de las obligaciones enumeradas. La combinación de una lista de obligaciones muy diversas con 37 instrumentos jurídicos que incluyen desde la *Ley de Comercio Exterior* de China hasta medidas administrativas concretas que se aplican a productos determinados es de tal índole que, a partir de las solicitudes, no permite discernir claramente el "problema" o "problemas". Por lo tanto, los reclamantes no presentaron los fundamentos de derecho de sus reclamaciones con claridad suficiente para cumplir lo dispuesto en el artículo 6.2 del ESD.⁹

⁷ *Ibid.*, párrafo 220.

⁸ *Ibid.*, párrafo 230.

⁹ *Ibid.*, párrafo 231.

El Órgano de Apelación consideró preocupante que el Grupo Especial, tras reconocer que las deficiencias de una solicitud no pueden ser subsanadas por las comunicaciones escritas posteriores de una parte reclamante, decidiera no obstante "reservarse su decisión" sobre si las solicitudes cumplían los requisitos del artículo 6.2 hasta después de haber examinado las primeras comunicaciones escritas de las partes, cuando tuviera "plena constancia de la capacidad de China para defenderse". Según el Órgano de Apelación, el hecho de que China quizá haya podido defenderse no significa que la sección III de las solicitudes cumpliera el artículo 6.2 del ESD. La conformidad con el objetivo del debido proceso establecido en el artículo 6.2 no puede desprenderse de la respuesta del demandado a los argumentos y alegaciones que figuran en la primera comunicación escrita de una parte reclamante. Por el contrario, es razonable esperar que una comunicación de réplica aborde los argumentos que figuran en la primera comunicación escrita de la parte reclamante.¹⁰

El Órgano de Apelación concluyó que la sección III de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por los reclamantes no cumplió el requisito del artículo 6.2 del ESD de presentar "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad". En consecuencia, constató que el Grupo Especial incurrió en error al formular constataciones relativas a las alegaciones supuestamente identificadas en la sección III de las solicitudes. Por lo tanto, declaró superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones formuladas por el Grupo Especial relativas a las obligaciones que figuran en los párrafos 1 a) y 4 del artículo VIII, los párrafos 1 y 3 a) del artículo X y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, el párrafo A) 2 de la sección 2, los párrafos 1 y 2 de la sección 5 y el párrafo 2 de la sección 8 de la Parte I del Protocolo de Adhesión de China y los párrafos 83, 84, 162 y 165 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China y las 37 medidas impugnadas en la sección III de las solicitudes. En estas circunstancias, consideró que no disponía de fundamento alguno para seguir examinando los argumentos planteados por China en su apelación y por los reclamantes en sus otras apelaciones en relación con esas constataciones.¹¹

III. Artículo 7 del ESD y el efecto prospectivo del informe del Grupo Especial

De conformidad con el artículo 7 del ESD, los grupos especiales están obligados a examinar el "asunto" sometido al OSD por el reclamante en la solicitud de establecimiento de un grupo especial y a formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer recomendaciones. El artículo 19.1 del ESD establece un vínculo entre la conclusión de un grupo especial de que "una medida es incompatible con un acuerdo abarcado" y su recomendación de que el demandado "la ponga en conformidad". Las "medidas" que pueden ser objeto de recomendaciones en el artículo 19.1 son únicamente las que están incluidas en el mandato del grupo especial.¹²

¹⁰ *Ibid*, párrafo 233.

¹¹ *Ibid*, párrafos 234-235.

¹² *Ibid*, párrafo 251.

En 2009 China impuso derechos de exportación a varias formas de bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, silicio metal, fósforo amarillo y cinc.¹³ Eliminó los derechos de exportación aplicables al fósforo amarillo el 1º de julio de 2009, antes de la fecha de establecimiento del Grupo Especial.¹⁴ 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.¹⁵

Con respecto a los contingentes de exportación, los reclamantes alegaron en la sección I de sus solicitudes de establecimiento que "China somete la exportación de bauxita, coque, espato flúor, carburo de silicio y cinc a restricciones cuantitativas tales como contingentes" y que estas restricciones estaban recogidas en 25 instrumentos jurídicos de China enumerados en las solicitudes. De manera similar, con respecto a los derechos de exportación, los reclamantes identificaron en la sección II de sus solicitudes el objeto de su impugnación como los derechos de exportación recogidos en 19 instrumentos jurídicos identificados específicamente.¹⁶ Los reclamantes identificaron en sus solicitudes las medidas concretas que, colectivamente, constituyen el régimen jurídico de China para la imposición de derechos de exportación y contingentes de exportación. Además, argumentaron que la imposición de derechos y contingentes de exportación a determinados productos, mediante la aplicación de esas medidas, es contraria a las obligaciones de China conforme a la OMC. Además, los reclamantes aclararon que el Grupo Especial no debía considerar que sus alegaciones se referían a medidas adoptadas después del establecimiento del Grupo Especial.¹⁷

Según el Grupo Especial, el régimen jurídico de China que rige la imposición de derechos de exportación comprende una legislación marco básica, un reglamento de implementación y determinadas medidas anuales que fijan el nivel del derecho aplicable a determinados productos. Por lo que respecta a los contingentes de exportación, existen también una legislación marco básica, un reglamento de implementación, una serie de reglamentos aplicables al sistema de asignaciones pertinente y un conjunto de medidas (cuya duración varía entre algunos meses y un año, o puede ser indefinida) que determinan el nivel de los contingentes para determinados productos. El Grupo Especial consideró que, cuando actúan conjuntamente, de manera que dan lugar a la imposición de derechos o contingentes de exportación incompatibles con las normas de la OMC, devienen *prima facie* incompatibles con dichas normas. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con esta descripción del objeto de la impugnación de los reclamantes, y observó que los reclamantes presentaron sus alegaciones con respecto a todas las medidas mediante las cuales se

¹³ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.59.

¹⁴ *Ibid*, párrafo 7.63.

¹⁵ *Ibid*, párrafo 7.105.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párrafo 252.

¹⁷ *Ibid*, párrafo 253.

imponían derechos y contingentes de exportación en la fecha del establecimiento del Grupo Especial en 2009.¹⁸

China alegó que el Grupo Especial incurrió en error al hacer recomendaciones que se aplicaban a las medidas por las que se imponían las tasas de los derechos y las cuantías de los contingentes de exportación específicos en 2010.¹⁹ El Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no había incurrido en error al manifestar que haría recomendaciones sobre el "conjunto de medidas" que impusieron los derechos de exportación o los contingentes de exportación en vigor en la fecha de establecimiento del Grupo Especial. Además, teniendo en cuenta que el Grupo Especial declaró expresamente que haría recomendaciones sobre las medidas "en vigor en la fecha de establecimiento del Grupo Especial" y que no formularía constataciones sobre las medidas que imponían los niveles de las tasas de los derechos y de los contingentes de exportación específicos para 2010, consideró que no hizo recomendaciones expresas sobre medidas que excluyeron de su mandato los reclamantes.²⁰

El Órgano de Apelación observó que, de conformidad con el artículo 19.1 del ESD, cuando un grupo especial concluya que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendará que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Mientras que una constatación de un grupo especial se refiere a una medida tal como existía en la fecha en que se estableció el Grupo Especial, las recomendaciones son de naturaleza prospectiva en el sentido de que tienen efectos en, o consecuencias para, las obligaciones de implementación del Miembro de la OMC que surgen después de que el OSD adopte el informe de un grupo especial y/o del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación recordó su informe en *Estados Unidos – Continuación de la reducción a cero*, donde observó que "no es infrecuente que las medidas correctivas solicitadas en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC tengan efectos prospectivos, como una constatación contra leyes o reglamentos, en sí mismos, o un programa de subvenciones con pagos periódicamente recurrentes".²¹

En este asunto eran objeto de litigio varias series de medidas en cuya virtud se impusieron derechos o contingentes de exportación a cada materia prima. Estos grupos de medidas actúan conjuntamente para imponer derechos de exportación o contingentes de exportación sobre las materias primas en cuestión. El objeto de la impugnación de los reclamantes era la situación jurídica existente en 2009, es decir, las "series de medidas" en virtud de las cuales China imponía contingentes y derechos de exportación a las materias primas en cuestión en la fecha en que se estableció el Grupo Especial. Además de las medidas permanentes, cada serie de medidas incluye también las medidas específicas por las que se imponen las tasas del derecho de exportación o las cuantías de los contingentes de exportación vigentes en un determinado momento. Estas últimas medidas tienen una duración que varía, lo cual permite aumentar, reducir o eliminar el derecho de exportación impuesto a un determinado producto, en tanto que la legislación marco y el reglamento de

¹⁸ *Ibid*, párrafo 254.

¹⁹ *Ibid*, párrafo 259.

²⁰ *Ibid*, párrafo 255.

²¹ *Ibid*, párrafo 260.

implementación continúan en vigor. Teniendo en cuenta esta situación, el Órgano de Apelación no consideró que para obtener una recomendación con efectos prospectivos fuera necesario que los reclamantes incluyeran alegaciones con respecto a las medidas específicas relativas a los derechos y contingentes de exportación aplicadas en 2010, además de las que estaban en vigor cuando se estableció el Grupo Especial en 2009.²²

La impugnación de los reclamantes en este caso no se refería a medidas específicas relativas a derechos o contingentes de exportación anuales de manera aislada. Los reclamantes impugnaron la legislación marco, los reglamentos de implementación y las medidas específicas de China que estaban en vigor en la fecha de establecimiento del Grupo Especial que impusieron los derechos de exportación o los contingentes de exportación correspondientes a cada materia prima. El Grupo Especial recomendó correctamente que China pusiera sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC, de tal manera que la "serie de medidas" no actúe de modo que dé lugar a un resultado incompatible con la OMC. Por lo tanto, el Órgano de Apelación concluyó que el hecho de que el Grupo Especial dirigiera sus constataciones y recomendaciones a la situación jurídica existente en 2009 no significa que China no tenga obligaciones de cumplimiento con respecto a las constataciones del Grupo Especial.²³

El Órgano de Apelación observó que, en *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, distinguió entre la cuestión de si un grupo especial puede formular constataciones con respecto a una medida que ha expirado y la cuestión de si una medida que ha expirado es susceptible de una recomendación en virtud del artículo 19.1 del ESD.²⁴ También observó que, en general, en los casos en que la medida en litigio consiste en una ley o reglamento que ha sido derogado durante el procedimiento del grupo especial, aparentemente no sería necesario que el grupo especial hiciera una recomendación para resolver la diferencia. Sin embargo, no son aplicables las mismas consideraciones cuando se impugna un grupo o "serie de medidas" que comprende una legislación marco básica y reglamentos de implementación, que no han expirado, y medidas específicas que imponen las tasas de los derechos de exportación o las cuantías de los contingentes de exportación correspondientes a determinados productos sobre una base anual o durante un plazo determinado, como ocurre en este caso. La ausencia de una recomendación en un caso así supondría que una constatación de incompatibilidad que afecte a esas medidas no daría lugar a obligaciones de implementación para el Miembro demandado y en ese sentido sería meramente declaratoria.²⁵ Sin embargo, el artículo 3.7 del ESD dispone que "[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias" y el artículo 3.4 del ESD estipula que "[l]as recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados". Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que fue adecuado que el Grupo Especial en este asunto recomendara que el OSD pidiera a China que "ponga sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC, de tal manera que la

²² *Ibid*, párrafo 261.

²³ *Ibid*, párrafo 262.

²⁴ *Ibid*, párrafo 263.

²⁵ *Ibid*, párrafo 264.

'serie de medidas' no actúe de modo que dé lugar a un resultado incompatible con la OMC".²⁶ No consideró que el Grupo Especial hubiera hecho una recomendación sobre un asunto que no se le había sometido. En consecuencia, no estuvo de acuerdo con China en que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 7.1 del ESD.²⁷

IV. Aplicabilidad del artículo XX al Protocolo de Adhesión de China

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.²⁸ En *China – Materias primas*, China invocó el artículo XX como defensa de una infracción de la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión, el 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.²⁹

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.³⁰ 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 invocar las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar infracciones de la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión.³¹

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

²⁶ *Ibid*, párrafo 265.

²⁷ *Ibid*, párrafo 266.

²⁸ Véase Bradley J. Condon, Comentario sobre *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, Informe del Órgano de Apelación, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/ComentarioChinaPublicaciones.pdf.

²⁹ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.129.

³⁰ *Ibid*, párrafo 7.138.

³¹ *Ibid*, párrafo 7.148.

uno de ellos.³² 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 Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (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 Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ("AGCS"). Otros Acuerdos abarcados, como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el "Acuerdo sobre los ADPIC"), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (el "Acuerdo OTC") o el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (el "Acuerdo 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.³³ 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.³⁴

El Órgano de Apelación observó que la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión obliga a China a "eliminar [...] todos los impuestos y cargas a la exportación" salvo que se cumpla una de las condiciones siguientes: (1) que esos impuestos y cargas estén "previstos expresamente en el anexo VI del [...] Protocolo"; o (2) que esos impuestos y cargas se "apliquen en conformidad con las disposiciones del artículo VIII del GATT de 1994".³⁵ El anexo VI del Protocolo enumera un tipo máximo del derecho de exportación para 84 productos distintos. También incluye una "nota del anexo VI" en el cual China confirmó que los niveles arancelarios que figuran en el anexo son los niveles máximos que no podrán sobrepasarse. Asimismo confirmó que no incrementaría los tipos aplicados actuales, excepto que se dieran circunstancias excepcionales. Si tales circunstancias tuviesen lugar, China entablaría consultas con los Miembros afectados antes de incrementar los aranceles aplicados con el fin de alcanzar una solución mutuamente aceptable.³⁶ Excepto en el caso del fósforo amarillo, ninguna de las materias primas objeto de la diferencia está listada en el anexo VI del Protocolo de Adhesión.³⁷

El Órgano de Apelación consideró que estos términos no indican que China puede recurrir a las disposiciones del artículo XX del GATT de 1994 para justificar la imposición de derechos de exportación sobre productos que no están enumerados en el anexo VI, o la

³² *Ibid*, párrafo 7.150.

³³ *Ibid*, párrafos 7.152-7.154.

³⁴ *Ibid*, párrafo 7.159.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párrafo 280.

³⁶ *Ibid*, párrafo 281.

³⁷ *Ibid*, párrafo 282.

imposición sobre los productos enumerados de derechos de exportación superiores a los niveles máximos previstos en el anexo VI.³⁸ Señaló además que la referencia a las "circunstancias excepcionales" y la obligación de China de entablar consultas con los Miembros afectados antes de incrementar los aranceles aplicados respalda también su opinión de que las "circunstancias excepcionales" son aquellas que permitirían a China incrementar los aranceles aplicados hasta los niveles arancelarios máximos que figuran en el anexo VI para los productos enumerados. Por consiguiente, concluyó que la nota del anexo VI no sugiere que China podría invocar el artículo XX del GATT de 1994 para justificar la imposición de derechos de exportación que se había comprometido a eliminar de conformidad con la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión.³⁹ También concluyó que, como las materias primas en cuestión no están enumeradas en el anexo VI, no son aplicables las disposiciones en materia de consultas contenidas en la nota del anexo VI.⁴⁰

China afirmó que la referencia que se hace al artículo VIII en la sección 11.3 confirma la posibilidad de recurrir al artículo XX del GATT de 1994, porque una medida que infringe el artículo VIII del GATT de 1994 puede estar justificada de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994.⁴¹ El Órgano de Apelación observó que el artículo VIII excluye expresamente los derechos de exportación, que son objeto de litigio en este caso. Por consiguiente, no puede invocarse el artículo XX para justificar derechos de exportación, que no están regulados por el artículo VIII.⁴² También observó, como señaló el Grupo Especial, que la sección 11.3 no hace referencia alguna a otras disposiciones del GATT de 1994, como el artículo XX. Además, a diferencia de la sección 5.1 del Protocolo de Adhesión de China, la sección 11.3 no hace referencia al "derecho de China a regular el comercio de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC" que el Órgano de Apelación interpretó en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*. Esto también indica que China no puede recurrir al artículo XX para justificar un incumplimiento de su compromiso de eliminar los derechos de exportación de conformidad con la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión.⁴³

El Órgano de Apelación también consideró el contexto de la sección 11.3. Observó que los párrafos 1 y 2 de la sección 11 del Protocolo contienen la obligación de asegurarse de que determinadas tasas, impuestos o cargas estén "en conformidad con el GATT de 1994", pero no sucede lo mismo con la sección 11.3. Observó asimismo que la sección 11.1 se refiere a "tasas o cargas aduaneras" en general y que la sección 11.2 se refiere a "impuestos y cargas internos", mientras que la sección 11.3 se refiere específicamente a la eliminación de los "impuestos y cargas a la exportación". Estas diferencias respaldaron también su interpretación de que China no puede recurrir al artículo XX para justificar un incumplimiento del compromiso de eliminar los derechos de exportación que contrajo en la sección 11.3. Además, como la obligación de China de eliminar los derechos de exportación dimana exclusivamente de su Protocolo de Adhesión, y no del GATT de 1994, consideró que, si hubiese existido la intención común de permitir recurrir al artículo XX del

³⁸ *Ibid*, párrafo 284.

³⁹ *Ibid*, párrafo 285.

⁴⁰ *Ibid*, párrafo 287.

⁴¹ *Ibid*, párrafo 289.

⁴² *Ibid*, párrafo 290.

⁴³ *Ibid*, párrafo 291.

GATT de 1994 a este respecto, se habría incluido un texto en ese sentido en la sección 11.3 o en otra parte del Protocolo de Adhesión de China.⁴⁴

China también argumentó que el texto del párrafo 170 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China sustenta su posición de que asumió una obligación "limitada" de eliminar los derechos de exportación y que tiene derecho a recurrir a las disposiciones del artículo XX del GATT de 1994 para justificar derechos de exportación que de otro modo serían incompatibles con la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión.⁴⁵ Adujo esencialmente que tanto el párrafo 170 del informe del Grupo de Trabajo como la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión se aplican a los derechos de exportación y que "cualquier flexibilidad que ofrezca el párrafo 170 a China para adoptar 'impuestos' y 'cargas' incompatibles por otro concepto con las normas de la OMC debe hacerse igualmente extensivas al párrafo 3 de la sección 11".⁴⁶

El Órgano de Apelación consideró que el párrafo 170 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China tiene una pertinencia limitada para interpretar la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China, porque el párrafo 170 no aclara mucho el compromiso de China de eliminar los derechos de exportación. Los párrafos 155 y 156 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China se ocupan de los compromisos de China con respecto a la eliminación de los derechos de exportación. Como en el caso de la sección 11.3, los párrafos 155 y 156 no se refieren a la posibilidad de recurrir a una defensa del artículo XX para los compromisos contenidos en ellos. Esto respaldó también la interpretación del Órgano de Apelación de que China no puede recurrir al artículo XX del GATT de 1994 para justificar derechos de exportación incompatibles con las obligaciones conforme a la sección 11.3 de su Protocolo de Adhesión.⁴⁷

Basándose en las constataciones del Órgano de Apelación en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, China adujo que tiene derecho a regular el comercio de una manera que fomente la conservación y la salud pública, lo cual es un derecho intrínseco y no un derecho conferido por tratados internacionales como el Acuerdo sobre la OMC.⁴⁸ El Órgano de Apelación señaló, como hizo el Grupo Especial, que en ocasiones los Miembros de la OMC han "incorporado por referencia las disposiciones del artículo XX del GATT de 1994 a otros acuerdos abarcados". Atribuyó una importancia considerable al hecho de que la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China se refiera expresamente al artículo VIII del GATT de 1994, pero no contenga ninguna referencia a otras disposiciones del GATT de 1994, incluido el artículo XX.⁴⁹ Además, la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión no contiene una cláusula introductoria como la de la sección 5.1, que dispone "[s]in perjuicio del derecho de China a regular el comercio de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC". En consecuencia, las constataciones del Órgano de Apelación en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* no indican que China puede recurrir al artículo

⁴⁴ *Ibid*, párrafo 293.

⁴⁵ *Ibid*, párrafo 294.

⁴⁶ *Ibid*, párrafo 296.

⁴⁷ *Ibid*, párrafo 299.

⁴⁸ *Ibid*, párrafo 300.

⁴⁹ *Ibid*, párrafo 303.

XX del GATT de 1994 para justificar derechos de exportación que son incompatibles con la sección 11.3.⁵⁰

China también se remitió a textos que figuran en los preámbulos del Acuerdo sobre la OMC, el GATT de 1994, el Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC, el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (el "Acuerdo sobre Licencias de Importación"), el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC para aducir que el Grupo Especial distorsionó el equilibrio de derechos y obligaciones establecido en el Protocolo de Adhesión de China al dar por supuesto que China había "renunci[ado]" a su derecho a imponer derechos de exportación "para promover intereses fundamentales no relacionados con el comercio, tales como la conservación y la salud pública".⁵¹

Sin embargo, el Órgano de Apelación concluyó que ninguno de los objetivos enumerados en estos textos, ni el equilibrio logrado entre ellos, proporciona una orientación específica sobre la cuestión de si el artículo XX del GATT de 1994 es aplicable a la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China. No encontró ningún fundamento para constatar que el artículo XX del GATT de 1994 es aplicable a los derechos de exportación que son incompatibles con la sección 11.3.⁵² Por consiguiente, constató que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que "no hay en el Protocolo de Adhesión de China fundamento alguno para aplicar el artículo XX del GATT de 1994 a las obligaciones que corresponden a China en virtud del párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión".⁵³

V. Párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994

Ante el Grupo Especial, China había invocado la defensa del artículo XI:2(a) para su contingente aplicado a la bauxita. 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". El Grupo Especial determinó que el Artículo XI:2(a) debe considerarse desde la perspectiva del Miembro que aplica la restricción.⁵⁴ 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:1.⁵⁵

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

⁵⁰ *Ibid*, párrafo 304.

⁵¹ *Ibid*, párrafo 305.

⁵² *Ibid*, párrafo 306.

⁵³ *Ibid*, párrafo 307.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.247.

⁵⁵ *Ibid*, párrafos 7.249-7.250.

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.⁵⁶ 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".⁵⁷

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".⁵⁸ Entonces, el producto tiene que ser "importante" o "necesario" o "indispensable" para un Miembro en particular.⁵⁹ 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.⁶⁰

El Grupo Especial interpretó "escasez" como una deficiencia en la cantidad de las mercancías. El 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 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).⁶¹ 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.⁶²

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. El 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

⁵⁶ *Ibid*, párrafos 7.257-7.258.

⁵⁷ *Ibid*, párrafo 7.260.

⁵⁸ *Ibid*, párrafo 7.273.

⁵⁹ *Ibid*, párrafo 7.275.

⁶⁰ *Ibid*, párrafo 7.276.

⁶¹ *Ibid*, párrafos 7.296-7.299.

⁶² *Ibid*, párrafo 7.306.

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.⁶³ Agregado a estos factores, es complicado determinar la disponibilidad de un producto sustitutivo.⁶⁴

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".⁶⁵

China apeló la interpretación y aplicación del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994 del Grupo Especial.⁶⁶ La apelación de China exigió al Órgano de Apelación evaluar la interpretación que dio el Grupo Especial a los términos "aplicadas temporalmente" y "escasez aguda" del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994, y seguidamente si el Grupo Especial evaluó debidamente el contingente de exportación impuesto a la bauxita de calidad refractaria teniendo en cuenta esas interpretaciones.⁶⁷

Según el Órgano de Apelación, la expresión "prohibiciones o restricciones" se refiere a los mismos tipos de medidas en el párrafo 1 y en el párrafo 2 a), con la diferencia de que el párrafo 2 a) está limitado a las prohibiciones o restricciones a la exportación, mientras que el párrafo 1 también abarca medidas relativas a la importación. Observó además que "los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" están excluidos del ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo XI. Así pues, en virtud del vínculo entre los párrafos 1 y 2 del artículo XI, el término "restricciones" que figura en el párrafo 2 a) del artículo XI excluye

⁶³ *Ibid*, párrafos 7.338-7.340.

⁶⁴ *Ibid*, párrafo 7.343.

⁶⁵ *Ibid*, párrafos 7.346-7.351.

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párrafo 308.

⁶⁷ *Ibid*, párrafo 317.

también "los derechos de aduana, impuestos u otras cargas". Por consiguiente, si una restricción no está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo XI, tampoco le será aplicable el párrafo 2.⁶⁸

El Órgano de Apelación observó que las prohibiciones o restricciones a la exportación que el párrafo 2 a) del artículo XI permite son "aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para el Miembro exportador".⁶⁹ Hizo la siguiente interpretación textual de esta frase. Cuando se emplea el término "temporalmente" en relación con la palabra "aplicadas", describe una medida aplicada durante un tiempo limitado, una medida adoptada para resolver una "necesidad pasajera". Esto indica que el párrafo 2 a) del artículo XI se refiere a medidas que se aplican provisionalmente.⁷⁰ A su vez, la expresión "escasez aguda" se refiere a aquellas deficiencias de cantidad que son cruciales, que equivalen a una situación de importancia decisiva, o que alcanzan una etapa vitalmente importante o decisiva, o un punto de inflexión.⁷¹

El Órgano de Apelación consideró que el contexto respalda también esta interpretación de la expresión "escasez aguda". En particular, la expresión "penuria general o local" del artículo XX(j) del GATT de 1994 ofrece un contexto pertinente porque la expresión "*in short supply*" ("penuria") tiene un sentido que es similar al del término "*shortage*" ("escasez"). Sin embargo, a diferencia del párrafo 2 a) del artículo XI, el apartado j) del artículo XX no incluye la palabra "aguda" ni ningún otro adjetivo que califique más la penuria. Esta diferencia indica que los tipos de escasez comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 2 a) del artículo XI están más estrechamente delimitados que los incluidos en el ámbito de aplicación del apartado j) del artículo XX.⁷²

También observó que, para que sea aplicable el párrafo 2 a) del artículo XI, la escasez debe referirse a "productos alimenticios o de otros productos esenciales para el Miembro exportad[or]". Esto se refiere a una escasez aguda de productos alimenticios o en caso contrario de productos absolutamente indispensables o necesarios. Al incluir concretamente la expresión "productos alimenticios", el párrafo 2 a) del artículo XI proporciona una indicación de lo que se puede considerar que es un producto "esencial para el Miembro exportador", pero no limita el alcance del término otros productos esenciales únicamente a los productos alimenticios.⁷³ El párrafo 2 a) del artículo XI permite a los Miembros aplicar prohibiciones o restricciones temporalmente para "prevenir o remediar" esa escasez aguda. Por consiguiente, interpretó que el párrafo 2 a) del artículo XI proporciona un fundamento para medidas adoptadas para mitigar o reducir una escasez aguda existente, así como para medidas preventivas o anticipatorias adoptadas para impedir una escasez aguda inminente.⁷⁴

⁶⁸ *Ibid*, párrafo 321.

⁶⁹ *Ibid*, párrafo 322.

⁷⁰ *Ibid*, párrafo 323.

⁷¹ *Ibid*, párrafo 324.

⁷² *Ibid*, párrafo 325.

⁷³ *Ibid*, párrafo 326.

⁷⁴ *Ibid*, párrafo 327.

Por último, consideró que el párrafo 2 a) del artículo XI se debe interpretar de modo que se dé sentido a cada uno de los conceptos que contiene dicha disposición. Al mismo tiempo, tuvo en cuenta que estos distintos conceptos se dan sentido entre sí y por tanto definen el alcance del párrafo 2 a) del artículo XI. Por ejemplo, que una escasez sea "aguda" puede estar determinado por lo "esencial" que sea un determinado producto. Además, las características del producto y los factores relativos a una situación crítica pueden informar el período durante el cual se puede mantener una medida para cubrir una necesidad pasajera de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo XI. Intrínseco al concepto de agudeza es la expectativa de llegar a un momento en que las condiciones ya no sean "agudas", de tal manera que las medidas ya no cumplirán el requisito de abordar una escasez aguda. En consecuencia, la evaluación de si una determinada medida satisface los requisitos del párrafo 2 a) del artículo XI exige necesariamente un análisis caso por caso teniendo en cuenta el vínculo entre los distintos elementos contenidos en el párrafo 2 a) del artículo XI.⁷⁵

A la luz de la interpretación anterior, el Órgano de Apelación consideró la evaluación realizada por el Grupo Especial del contingente de exportación de bauxita de calidad refractaria de China. China adujo que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que China no había demostrado que su contingente de exportación de bauxita de calidad refractaria se "apli[car]a temporalmente", en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994, ya sea para prevenir o para remediar una "escasez aguda". Además, China adujo que el Grupo Especial constató erróneamente que el párrafo 2 a) del artículo XI y el apartado g) del artículo XX se excluyen mutuamente y que esa constatación fue un factor que motivó de manera importante la interpretación errónea que dio el Grupo Especial al término "temporalmente" del párrafo 2 a) del artículo XI. China sostuvo que las dos disposiciones no se excluyen mutuamente, sino que se aplican de forma acumulativa.⁷⁶

El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que una restricción o prohibición en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XI tiene que ser de duración limitada y no indefinida.⁷⁷ Sin embargo, no estuvo de acuerdo en que el término "temporalmente" tenga que denotar siempre un límite temporal fijado con antelación. En cambio, consideró que el párrafo 2 a) del artículo XI describe medidas aplicadas durante un tiempo limitado, adoptadas para atender una necesidad pasajera, con independencia de que el ámbito temporal de la medida se fije o no con antelación.⁷⁸

Según el Órgano de Apelación, el Grupo Especial consideró el apartado g) del artículo XX como contexto pertinente para interpretar el párrafo 2 a) del artículo XI. El Grupo Especial consideró que la existencia de esos otros requisitos en el apartado g) del artículo XX respaldaba su interpretación de que una excepción al amparo del párrafo 2 a) del artículo XI tiene que ser de duración limitada y no indefinida porque en caso contrario los Miembros podrían recurrir indistintamente al párrafo 2 a) del artículo XI o al apartado g) del artículo XX. El Órgano de Apelación no entendió que el Grupo Especial haya

⁷⁵ *Ibid*, párrafo 328.

⁷⁶ *Ibid*, párrafo 329.

⁷⁷ *Ibid*, párrafo 330.

⁷⁸ *Ibid*, párrafo 331.

constatado que estas dos disposiciones se excluyen mutuamente. Por consiguiente, no consideró fundada la alegación de China de que el Grupo Especial constató erróneamente que el párrafo 2 a) del artículo XI y el apartado g) del artículo XX se excluyen mutuamente.⁷⁹ En todo caso, consideró que el alcance de la obligación de no imponer restricciones cuantitativas está limitada en sí misma por el párrafo 2 a) del artículo XI. En consecuencia, cuando se cumplan los requisitos del párrafo 2 a) del artículo XI, no habría margen para aplicar el artículo XX porque no existe ninguna obligación.⁸⁰ Observó además que el párrafo 2 a) del artículo XI y el apartado g) del artículo XX tienen funciones diferentes y contienen obligaciones distintas. El párrafo 2 a) del artículo XI aborda las medidas adoptadas para prevenir o remediar la "escasez aguda" de productos alimenticios o de otros productos esenciales. Por otra parte, el apartado g) del artículo XX aborda las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables. Una medida comprendida en el ámbito del párrafo 2 a) del artículo XI puede referirse al mismo producto que una medida relativa a la conservación de un recurso natural agotable. Podrían imponerse medidas al amparo del párrafo 2 a) del artículo 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. Además, como el alcance del párrafo 2 a) del artículo XI es distinto al del apartado g) del artículo XX, una medida adoptada en virtud del párrafo 2 a) del artículo XI podría actuar simultáneamente con una medida de conservación que cumpla los requisitos del apartado g) del artículo XX.⁸¹

Por las razones expuestas, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial de que China no demostró que su contingente de exportación de bauxita de calidad refractaria se "apli[ca] temporalmente" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994 para prevenir o remediar una "escasez aguda". También desestimó la alegación de China de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD.⁸²

VI. El artículo XX(g) del GATT

China alegó que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que la frase "se apliquen conjuntamente con" ("*made effective in conjunction with*") del apartado g) del artículo XX significa que las restricciones a la producción o al consumo nacional tienen que "aplicarse conjuntamente con las restricciones a la exportación impugnadas" ("*jointly with*"), y que "esas restricciones a la exportación deben tener por finalidad velar por la eficacia de esas restricciones nacionales".⁸³

El artículo XX(g) requiere, entre otras cosas, que el demandado demuestre que la medida impugnada se está aplicando conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional. 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

⁷⁹ *Ibid*, párrafo 333.

⁸⁰ *Ibid*, párrafo 334.

⁸¹ *Ibid*, párrafo 337.

⁸² *Ibid*, párrafo 344.

⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párrafo 345.

o al consumo nacional 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 nacional. 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.⁸⁴

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".⁸⁵

El Grupo Especial también concluyó que las medidas no se aplicaban conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional. China no demostró que su tipo impositivo del 1 por ciento y su gravamen de compensación del 2 por ciento (máximo)

⁸⁴ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafos 7.394-7.408.

⁸⁵ *Ibid*, párrafos 7.419-7.435.

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 a 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 nacional, porque las restricciones no tenían por objeto obligar a reducir la producción o el consumo nacional, ni lo estaba haciendo.⁸⁶

El Grupo Especial también concluyó que China no había cumplido con la obligación de imparcialidad de las restricciones a la producción o al consumo nacional. 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 nacional, no puede afirmarse que las restricciones a la exportación son imparciales.⁸⁷ 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 hubieran 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.⁸⁸

El Órgano de Apelación consideró que la expresión "se apliquen", cuando se utiliza en relación con un instrumento jurídico, describe medidas que se han puesto en funcionamiento, adoptado o aplicado. Las expresiones equivalentes en español y francés de la expresión "*made effective*" -a saber, "se apliquen" y "*sont appliquées*"- confirman esta

⁸⁶ *Ibid*, párrafos 7.444-7.458.

⁸⁷ *Ibid*, párrafo 7.462.

⁸⁸ *Ibid*, párrafos 7.464-7.466.

interpretación de "*made effective*". La expresión "*in conjunction*" ("conjuntamente con") se define como "*together, jointly, (with)*" (en conjunción con, en unión de). En consecuencia, la restricción comercial debe actuar en unión de las restricciones a la producción o al consumo nacional. El apartado g) del artículo XX permite por tanto medidas comerciales relativas a la conservación de los recursos naturales agotables cuando tales medidas comerciales actúan en conjunción con restricciones a la producción o al consumo nacional, que actúan para conservar un recurso natural agotable. Según sus términos, el apartado g) del artículo XX no contiene el requisito adicional de que la medida de conservación esté destinada principalmente a hacer efectivas las restricciones a la producción o al consumo nacional.⁸⁹

El Órgano de Apelación aclaró su interpretación del apartado g) del artículo XX en la diferencia *Estados Unidos – Gasolina*.⁹⁰ Al evaluar si las normas para el establecimiento de líneas de base objeto de litigio en *Estados Unidos – Gasolina* se "aplicaban conjuntamente con" restricciones a la producción o al consumo nacional, el Órgano de Apelación se basó en el hecho de que esas normas se promulgaron o pusieron en vigor "en conjunción con" restricciones a la producción o al consumo nacional de recursos naturales. En ese caso, el Órgano de Apelación no consideró que, para estar justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX, las medidas "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables" tengan que estar destinadas principalmente a hacer efectivas las restricciones a la producción o al consumo nacional. En cambio, el Órgano de Apelación interpretó que la expresión "conjuntamente con" quiere decir "simplemente" "en conjunción con" o "en unión de", y no constató que hubiera ningún otro requisito de que la medida de conservación esté destinada principalmente a hacer efectivas ciertas restricciones a la producción o al consumo nacional.⁹¹

Sin embargo, el Grupo Especial encargado del presente asunto parece haber considerado que, para demostrar que una medida se "aplica conjuntamente con" restricciones a la producción o al consumo nacional en el sentido del apartado g) del artículo XX, debe establecerse en primer lugar que la medida se aplica conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional y, en segundo lugar, que la finalidad de la medida impugnada es hacer eficaces las restricciones a la producción o al consumo nacional. En particular, el Grupo Especial consideró efectivamente que se tienen que cumplir dos condiciones distintas para poder considerar que una medida "se aplica conjuntamente con" en el sentido del apartado g) del artículo XX.⁹² Sin embargo, el Órgano de Apelación no vió nada en el texto del apartado g) del artículo XX que sugiera que, además de que "se aplique conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional", una restricción comercial tenga que estar destinada a velar por la eficacia de las restricciones nacionales, como constató el Grupo Especial. En cambio, el apartado g) del artículo XX permite medidas comerciales relativas a la conservación de los recursos naturales agotables si tales medidas comerciales actúan en conjunción con restricciones a la

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *China – Materias primas*, párrafo 356.

⁹⁰ *Ibid*, párrafo 357.

⁹¹ *Ibid*, párrafo 358.

⁹² *Ibid*, párrafo 359.

producción o al consumo nacional, que operan para conservar un recurso natural agotable.⁹³ Basándose en lo anterior, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que la frase "se apliquen conjuntamente con" del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994 exige que se demuestre de forma separada que la finalidad de la medida impugnada debe hacer eficaces las restricciones a la producción o al consumo nacional.⁹⁴

VII. Observaciones finales

Las conclusiones del Órgano de Apelación en este caso indican que el cumplimiento con estos dos requisitos del artículo 6.2 del ESD es una parte fundamental del debido proceso y que no es una mera formalidad. Los abogados que representan a los reclamados en los litigios en la OMC suelen alegar el incumplimiento del artículo 6.2 del ESD, junto con otros argumentos procesales. A veces, los abogados que representan a los reclamantes en los litigios en la OMC se quejan de que este tipo de estrategia ha contribuido al aumento en la complejidad de los litigios y de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, lo cual implica demoras y costos más altos en la solución de diferencias. Un argumento común es que esta estrategia no debe prosperar si el reclamado ha podido defenderse en su comunicación de réplica, lo cual indica que una solicitud ha presentado el problema con suficiente claridad. Sin embargo, el informe del Órgano de Apelación en este asunto sugiere que este tipo de argumento procesal seguirá formando parte esencial de los argumentos de los reclamados, porque puede prosperar aun cuando el reclamado ha podido defenderse en su comunicación de réplica.

El Órgano de Apelación también aclaró que las recomendaciones son de naturaleza prospectiva en el sentido de que tienen consecuencias para las obligaciones de implementación del Miembro de la OMC que surgen después de que el OSD adopte el informe de un grupo especial y/o del Órgano de Apelación. Distinguió entre la cuestión de si un grupo especial puede formular constataciones con respecto a una medida que ha expirado y la cuestión de si una medida que ha expirado es susceptible de una recomendación en virtud del artículo 19.1 del ESD. En general, cuando la medida en litigio consiste en una ley o reglamento que ha sido derogado durante el procedimiento del grupo especial, no sería necesario que el grupo especial hiciera una recomendación para resolver la diferencia. Sin embargo, la situación es distinta cuando se impugna un grupo o "serie de medidas" que comprende una legislación marco básica y reglamentos de implementación, que no han expirado, y medidas específicas que se aplican durante un plazo determinado. Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que fue adecuado que el Grupo Especial en este asunto recomendara que el OSD pidiera a China que "ponga sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC, de tal manera que la 'serie de medidas' no actúe de modo que dé lugar a un resultado incompatible con la OMC".

El informe del Órgano de Apelación aclaró que la aplicabilidad de las excepciones generales del artículo XX del GATT fuera de ese acuerdo depende de la disposición y el contexto específicos. El Órgano de Apelación también aclaró la relación entre párrafo 2 a) del artículo XI y el artículo XX(g). Cuando se cumplan los requisitos del párrafo 2 a) del

⁹³ *Ibid*, párrafo 360.

⁹⁴ *Ibid*, párrafo 361.

artículo XI, no habría margen para aplicar el artículo XX porque no existe ninguna obligación. Además, el párrafo 2 a) del artículo XI y el apartado g) del artículo XX tienen funciones diferentes y contienen obligaciones distintas. Una medida comprendida en el ámbito del párrafo 2 a) del artículo XI puede referirse al mismo producto que una medida relativa a la conservación de un recurso natural agotable. Como el alcance del párrafo 2 a) del artículo XI es distinto al del apartado g) del artículo XX, una medida adoptada en virtud del párrafo 2 a) del artículo XI podría actuar simultáneamente con una medida de conservación que cumpla los requisitos del apartado g) del artículo XX.

Finalmente, el Órgano de Apelación aclaró que el apartado g) del artículo XX no requiere que una restricción comercial tenga que estar destinada a velar por la eficacia de las restricciones nacionales, como constató el Grupo Especial. Más bien, el apartado g) del artículo XX permite medidas comerciales relativas a la conservación de los recursos naturales agotables si tales medidas comerciales actúan en conjunción con restricciones a la producción o al consumo nacional, que operan para conservar un recurso natural agotable.