

COMENTARIO SOBRE *UNIÓN EUROPEA - CALZADO (CHINA)*, INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

*José Manuel Vargas Menchaca**

Resumen: La República Popular China acudió al mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio para reclamar a la Unión Europea violaciones al Acuerdo de dicha Organización, con motivo de la aplicación, entre otros, del artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* de las Comunidades Europeas No. 1225/2009 (*Basic Antidumping Regulation*), conforme al cual para las importaciones procedentes de países con economía de no mercado, el derecho *antidumping* se determinará para el país exportador afectado y no para cada empresa exportadora. Asimismo, China impugnó el Reglamento definitivo por el que se imponen derechos *antidumping* a las importaciones de determinado calzado procedente de China, el Reglamento de reconsideración de derechos, así como diversos aspectos de las determinaciones en la investigación inicial y en la reconsideración, formuladas sobre la base de esos reglamentos.

Palabras clave: Acuerdo Antidumping, OMC, Entendimiento sobre la Solución de Diferencias, China, Unión Europea, calzado.

Abstract: China claimed violations of WTO law by the European Union, by reason of the application, *inter alia*, of Article 9.5 of the Antidumping Regulation Communities European No. 1225/2009, according to which for imports from countries with non-market economy, the anti-dumping duty shall be determined for the exporting country concerned and not for each exporter. China also challenged the definitive Regulation imposing anti-dumping duties on imports of certain footwear from China, the Review Regulation of rights as well as various aspects of the findings in the original investigation and reconsideration.

Keywords: Antidumping Agreement, WTO, Dispute Settlement, China, European Union, footwear.

I. Introducción

El 4 de febrero de 2010, la República Popular China solicitó la celebración de consultas con la Unión Europea (UE) a través del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), con respecto a las medidas *antidumping* impuestas por la UE sobre las importaciones de determinado calzado de cuero natural o regenerado,¹ originarias y procedentes de China. Ésta impugnó el artículo 9.5 del

* Socio del despacho Korporativo Varisa, Licenciado (1986), Maestro (1989) y Doctor (1992) en Derecho por la UNAM, profesor de posgrado y asesor de tesis de diversas universidades, entre ellas, la UNAM, Tecnológico de Monterrey Campus Cd. de México, Universidad de las Américas y Universidad CETYS campus Mexicali.

¹ Se excluyeron de la investigación los zapatos deportivos, las pantuflas, calzado con puntera de protección y el calzado deportivo de tecnología especial. Se decidió incluir el calzado para niños de forma provisional aclarando la necesidad de un examen definitivo para este producto en específico.

Reglamento *Antidumping*² de las Comunidades Europeas, en el cual se dispone que en el caso de las importaciones procedentes de países con economía de no mercado, el derecho *antidumping* se determinará para el país exportador afectado y no para cada empresa exportadora.

Cabe mencionar que los derechos *antidumping* definitivos fueron impuestos a través del Reglamento de Ejecución 1294/2009 o Reglamento de reconsideración,³ conforme al cual dio respuesta a la solicitud de reconsideración por expiración⁴ de la Confederación Europea de Calzado; en éste se declara dar continuidad a los derechos *antidumping* establecidos en 2006 (Reglamento 1472/2006 o Reglamento definitivo⁵), fijando para la empresa china Golden Step un derecho de 9.7% y para el resto de las empresas chinas 16.5%, sobre el calzado con parte superior de cuero natural o regenerado originario de China.

Según China, las normas aplicables de la OMC requieren se determine y especifique un margen de *dumping* y un derecho individual para cada exportador y productor de que se tenga conocimiento (artículo 10 del Acuerdo *Antidumping*⁶), y no para el país exportador en su conjunto. Afirmó, el Reglamento *Antidumping* sólo prevé especificar un derecho individual para los exportadores que demuestren que satisfacen los criterios enumerados en su artículo 9.5 — normas sobre trato individual —, por lo cual, en opinión de China, dicho artículo es incompatible con varias disposiciones del Acuerdo *Antidumping* (AAD), con el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, y con el GATT de 1994. China impugnó también, aduciendo la incompatibilidad con las normas de la OMC, el Reglamento definitivo y el Reglamento de reconsideración, toda vez que conforme a ellos se imponen derechos *antidumping* a las importaciones de determinado calzado con la parte superior de cuero natural o regenerado procedente de China.

China y la UE celebraron consultas el 31 de marzo de 2010 sin llegar a resolver la controversia; en consecuencia, el 8 de abril China solicitó al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC el establecimiento de un Grupo Especial (GE), el cual fue aprobado en la reunión del 18 de mayo de 2010, en donde Australia,⁷ Brasil, Colombia, Estados Unidos, Japón, Turquía y Vietnam, se reservaron sus derechos en calidad de

² Su nombre completo es Reglamento (CE) No. 1225/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* por parte de países no miembros de la Comunidad Europea.

³ Su título completo es Reglamento de Ejecución (UE) No. 1294/2009 del Consejo de 22 de diciembre de 2009 por el que se establece un derecho *antidumping* definitivo sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero originario de Vietnam y originario de la República Popular China, y ampliado a las importaciones del mismo producto procedentes de la RAE de Macao, independientemente de que el origen declarado sea o no la RAE de Macao, a raíz de una reconsideración por expiración, de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) no 384/96 del Consejo.

⁴ Cabe mencionar que este es el nombre que reciben los exámenes que se realizan antes de la fecha de expiración de medidas *antidumping* (5 años) a petición de productores nacionales de la UE o por iniciativa de la Comisión. Se puede realizar en cualquier momento antes de que expiren.

⁵ Reglamento (CE) No 1472/2006 del Consejo de 5 de octubre de 2006 por el que se establece un derecho *antidumping* definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero procedentes de la República Popular China y de Vietnam.

⁶ El nombre completo del Acuerdo *Antidumping* es Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

⁷ Si bien indicó su participación, cabe destacar que no presentó comunicación escrita ni presentación oral durante todo el procedimiento. Véase al respecto la nota al pie 6 del Informe del GE del caso en comento.

terceros. Finalmente el 5 de julio de 2010 quedó conformado el GE por José Antonio Buencamino (Presidente), Serge Fréchette y Donald Greenfield.

China solicitó al GE sugiriera a la UE: i) derogar inmediatamente el Reglamento de reconsideración y ii) devolver los derechos *antidumping* pagados sobre las importaciones de cierto tipo de cazado con la parte superior de cuero natural o regenerado procedente de China. Al respecto, en el informe distribuido por el GE el 28 de octubre de 2011, se constató que el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* era incompatible con las obligaciones de la UE en el marco de la OMC y ésta había actuado de manera incompatible con el AAD en algunos aspectos de la investigación inicial y en el procedimiento de reconsideración por expiración, pero rechazó la mayoría de las alegaciones específicas de infracción presentadas por China en relación con los Reglamentos definitivo y de reconsideración.

El 28 de octubre de 2011 se distribuyó entre los miembros de la OMC el informe del GE, el cual fue adoptado por el OSD el 22 de febrero de 2012. Posteriormente, el 23 de marzo la UE informó al OSD sobre su intención de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD y para ello necesitaría un plazo prudencial. En su comunicación al OSD del 25 de mayo de 2012, la UE y China informaron la decisión mutuamente convenida en que dicho plazo prudencial sería de 7 meses y 19 días, contados a partir del 22 de febrero de 2012, es decir, expira el 12 de octubre de 2012.

II. Alegatos de las partes

El GE decidió aclarar tres aspectos interpretativos que guiarían su función en el análisis y decisión de esta controversia, por ello, antes de desarrollar los alegatos de las partes, es conveniente citar las determinaciones preliminares del GE y las aclaraciones relativas a la norma de examen, la interpretación de los acuerdos de la OMC y la carga de la prueba.⁸ El GE aclaró que, aunque no se solicitó expresamente por las partes, sí hicieron referencia a estas cuestiones en sus comunicaciones y, por tanto, el GE considero pertinente el siguiente análisis.

i) Norma de examen:

El GE concluyó, con base en los artículos 11 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD) y 17.6 del AAD, así como interpretaciones del Órgano de Apelación, que la norma de examen aplicable para analizar los aspectos de hecho y de derecho de esta diferencia, debían regirse por los siguientes principios:

Está firmemente establecido que los grupos especiales no deben realizar un examen *de novo* ni tampoco adherirse simplemente a las conclusiones de la autoridad nacional. El examen de esas conclusiones por el grupo especial debe ser crítico y penetrante, y basarse en las informaciones que obren en el expediente y las explicaciones dadas por la autoridad en el informe que haya publicado. ... El examen minucioso que efectúe el grupo especial deberá comprobar si el razonamiento de la autoridad es coherente y tiene solidez intrínseca... El grupo especial debe admitir la posibilidad de que las explicaciones dadas por la autoridad no sean razonadas o no sean adecuadas a la luz de otras explicaciones plausibles diferentes, y debe cuidar de no asumir él

⁸ Informe del GE *Unión Europea — Calzado (China) (WT/DS405)*, adoptado el 22 de febrero de 2012, párrafos 7.3 al 7.11.

mismo la función de evaluador inicial de los hechos ni adoptar una posición pasiva y simplemente *aceptar* las conclusiones de las autoridades competentes.⁹

ii) Interpretación de los acuerdos de la OMC:

El GE recogió la mención de varios informes¹⁰ del Órgano de Apelación en donde se ha examinado la aplicación de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹ en la solución de diferencias en la OMC. En éstos, es evidente que la interpretación debe basarse en el texto del tratado, el contexto y el objetivo del mismo; éstos principios exigen: i) no se imputen al tratado palabras no comprendidas en él, o ii) se trasladen conceptos que no pretendía recoger. Agregó, los GE's deben guiarse por las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena y no deben aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones previstos en el Acuerdo sobre la OMC.

iii) Carga de la prueba:

Los principios generales aplicables a la carga de la prueba en la solución de diferencias de la OMC, requieren a la parte que alega el incumplimiento por otro Miembro de una disposición de un Acuerdo de la OMC, afirme y demuestre su alegación. De este modo, China como la parte reclamante en la diferencia en comento, debe demostrar *prima facie* un incumplimiento de las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC; por su parte, la UE, en calidad de reclamado, las debe refutar. En adición a lo expuesto, el GE observó, en términos generales, que cada parte al afirmar un hecho, ya se trate de la parte reclamante o demandada, debe proporcionar pruebas al respecto. En consecuencia, en la presente controversia, corresponde a la UE proporcionar pruebas de los hechos afirmados, asimismo la acreditación *prima facie* requiere al GE, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, como cuestión de derecho, se pronuncie a favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*.

1. Análisis del GE ante la solicitud de determinación preliminar de la UE sobre ciertas cuestiones relevantes antes de entrar al fondo del asunto.

Una vez aclaradas las cuestiones sobre la norma de examen, la interpretación de los acuerdos y la carga de la prueba, el GE procedió a analizar la solicitud de determinación preliminar de la UE,¹² la cual es pertinente mencionar, pues formuló objeciones a varias alegatos de China por diferentes razones y de las cuales el GE consideró apropiado ocuparse antes de pasar a los aspectos sustantivos de la diferencia; cabe mencionar,

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá* - Recurso de Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)), WT/DS277/AB/RW, adoptado el 9 de mayo de 2006.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Comunidades Europeas, Estados Unidos y Canadá)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R adoptado el 1º de noviembre de 1996. página 13; Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* (Estados Unidos), WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998. Párrafo 45.

¹¹ Suscrita en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Los artículos 31 y 32 se refieren a la interpretación de los acuerdos y tratados.

¹² Informe del GE *Unión Europea — Calzado (China)* (WT/DS405), párrafos 7.12 al 7.15. adoptado el 22 de febrero de 2012.

desestimó la mayoría. Sin embargo, algunas otras sirvieron al GE para aplicar el principio de economía procesal con respecto a otras alegaciones de China relativas a las tres medidas de la UE en controversia.

A saber, los aspectos comprendidos en la solicitud de la UE de determinación preliminar fueron: i) el artículo 9.5 del Reglamento N° 1225/2009 del Consejo en sí mismo no satisface los requisitos del artículo 6.2 del ESD; ii) sobre las alegaciones de China en relación con el artículo 17.6 del AAD, la UE señaló que éstas no satisfacen los requisitos del artículo 6.2 ESD; iii) algunas alegaciones de China no estaban comprendidas en el mandato del GE, porque éstas no se identificaron de manera suficientemente clara en la solicitud de establecimiento del GE, según lo requiere el artículo 6.2 del ESD; y por último, iv) algunas de las alegaciones de China no estaban comprendidas en el mandato del GE, porque no se celebraron consultas al respecto.¹³

Los argumentos presentados por ambas partes sobre cada uno de los cuatro puntos mencionados se detallan a continuación:

A. El artículo 9.5 del Reglamento 1225/2009 no satisface en sí mismo los requisitos del artículo 6.2 del ESD:

La UE afirmó que al no haber referencias a otras cuestiones ni una terminología más amplia en la solicitud de establecimiento de un GE presentada por China, la medida en cuestión, así como el mandato del GE deben limitarse estrictamente a la disposición especificada y los aspectos identificados por China. Además, la UE adujo que la solicitud de establecimiento de un GE de China, no satisface los requisitos del artículo 6.2 del ESD, pues no presenta el problema con claridad y, en consecuencia, sus alegaciones al amparo de los artículos 6.10, 9.3 y 9.4 del AAD y el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994 no se sometieron debidamente al GE. Según la UE, China no conectó claramente la medida cuestionada con las disposiciones de los acuerdos abarcados supuestamente infringidos.

China consideró la limitada descripción de la medida hecha por la UE como errónea y afirmó cuestionar la imposición de un derecho *antidumping* único para el país proveedor en cuestión y la imposición de un derecho individual para los proveedores que cumplen determinados criterios, en el caso de importaciones de países cuyas economías no son de mercado.¹⁴ En cambio, su impugnación se refiere al artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping*. Por su parte, China consideró la determinación de si una medida está suficientemente identificada para los fines del artículo 6.2 del ESD, no requiere una investigación sustantiva del contenido preciso de la medida en cuestión.

Al respecto, el GE declaró evidente la cuestión de si el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* se limita al establecimiento de derechos *antidumping*, o se refiere también al cálculo de los márgenes de *dumping* o al establecimiento del nivel de los derechos

¹³ *Ibidem*, párrafos 7.16 al 7.44.

¹⁴ En su primera comunicación escrita, nota al pie 207, China afirma que, de hecho, es un país con una economía de mercado. El GE aclaró en la nota al pie 4 de su Informe, que la situación de China a este respecto, no es una cuestión que haya de resolverse en esta diferencia, por lo cual no expresó alguna opinión.

antidumping, es un asunto controvertido a resolverse como parte del fondo del asunto y no una cuestión que deba resolverse con motivo de una objeción preliminar. El GE también consideró que la claridad del artículo 9.5 del Reglamento no conducía a la UE para obtener una resolución preliminar, en consecuencia, denegó esta solicitud y concluyó que las tres alegaciones de China estaban dentro de su mandato.

B. Sobre las alegaciones del artículo 17.6 del AAD¹⁵ y su incumplimiento con el artículo 6.2 del ESD:

El primer grupo de alegaciones entrañan una supuesta infracción del artículo 17.6 del AAD, junto con una supuesta infracción de otra disposición del AAD, que tiene incorporada cierta redacción relativa a la imparcialidad y el debido proceso. Con respecto a estas alegaciones, China aduce que la cuestión consiste en determinar si los conceptos de parcialidad y debido establecimiento de los hechos contienen una cuestión de fondo más allá de lo contenido, ya por ejemplo en las expresiones 'pruebas positivas' y 'examen objetivo' que figuran en el artículo 3.1 del AAD. El segundo grupo de alegaciones incluye supuestas infracciones del artículo 17.6 del AAD, independientemente de toda alegación de incumplimiento del artículo 3.1, en donde China adujo que la cuestión es la relación entre el artículo 17.6 y las partes de una investigación, no planteadas en virtud de una disposición [del Acuerdo *Antidumping*] con una redacción relativa a la imparcialidad y el debido proceso incorporada ya explícitamente en ella, como el proceso de selección de un país análogo o la determinación de si un exportador o una rama de producción reúne las condiciones para el trato de economía de mercado. China sostuvo que la resolución de la segunda cuestión para el GE no amerita un mayor análisis y puede resolverse de primera impresión.

La UE solicitó al GE su decisión, como cuestión preliminar, sobre las alegaciones de China en donde se invoque el artículo 17.6 del AAD, el concluir que no están dentro de su mandato, pues no cumplen el requisito del artículo 6.2 del ESD, de proporcionar determinada información de manera suficiente para presentar el problema con claridad. Adujo que dicho artículo del AAD impone obligaciones solamente a los GE's y no establece obligaciones independientes y separadas para los Miembros de la OMC. Sostuvo, en el caso de disposiciones jurídicas complejas que entrañan obligaciones múltiples, no basta con enumerar simplemente una disposición jurídica para satisfacer los requisitos del artículo 6.2 del ESD. Añadió que China no proporcionó un breve resumen del fundamento jurídico de la reclamación, suficiente para presentar el problema con claridad. Los terceros se pronunciaron a favor de la interpretación de la UE.

El GE resaltó la claridad en el texto del artículo 17.6 del AAD según sus propios términos y sostuvo que sólo crea obligaciones para los GE's, y no para las autoridades investigadoras de los Miembros de la OMC en la realización de sus investigaciones

¹⁵ El artículo 17.6 del AAD, en su parte pertinente, dispone:

"El grupo especial, en el examen del asunto al que se hace referencia en el apartado 5:

i) al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que el grupo especial haya llegado a una conclusión distinta".

antidumping. Nada en el texto sugiere su aplicación a las acciones de los Miembros de la OMC en general, o a aspectos específicos de la realización de investigaciones *antidumping* por sus autoridades investigadoras. En conclusión, el GE desestimó la alegación de China sobre a quién se hace referencia en el artículo 17.6 del AAD y continuó con el análisis de la solicitud preliminar de la UE.

C. Sobre el mandato del GE de algunas alegaciones de China que no se identificaron de manera suficientemente clara en la solicitud de establecimiento del GE.¹⁶

La UE objetó también la alegación de China, con respecto a la determinación de una relación causal en el Reglamento de reconsideración, y afirmó que en la solicitud de establecimiento de un GE de China, no se presentó el problema con claridad conforme lo requiere el artículo 6.2 del ESD. La UE señaló que en dicha solicitud, China cita parte del texto del artículo 3.5 del AAD y afirma, el Reglamento de reconsideración no respeta las obligaciones establecidas en esa disposición, pero en opinión de la UE, no es lo suficientemente específico para cumplir con lo dispuesto en el artículo 6.2 del ESD.

En su solicitud de establecimiento de un GE, China adujo que la Comisión (de la UE) infringió el artículo 12.2.2 del AAD, al no dar razones para sus decisiones, incluidas aquellas sobre la aceptación o el rechazo de los argumentos presentados. Al respecto, la UE afirma que la solicitud de establecimiento de un GE de China, no contiene indicación alguna de cómo o dónde surgen estas fallas, y se limita a repetir el texto del artículo en cuestión. Concluyó señalando sobre los reglamentos en cuestión, que son largos y complejos, y la simple referencia a uno u otro reglamento en su totalidad no es suficiente para identificar la medida específica.

China adujo primero que la UE parecía solicitar al GE que excluyera varias de las principales alegaciones sustantivas y procesales de China, en razón de la falta de especificidad, pues China no cita los números de página o los párrafos del Reglamento definitivo y del Reglamento de reconsideración. China afirmó que los reglamentos en cuestión son muy fáciles de comprender y consideró que numerosas secciones de los reglamentos en cuestión infringen el artículo 12.2.2 del AAD, por lo cual esperaba la consideración del GE para cada una de ellas, pero afirmó, el lugar más apropiado para especificar las partes precisas de los reglamentos se encontraba en su primera comunicación escrita.

Ante dichos argumentos y después de su análisis, el GE consideró que la solicitud de establecimiento de un GE de China fue imprecisa, y podría haberse redactado más explícitamente. Sin embargo, el GE reconoció que la primera comunicación escrita de China sí establece más específicamente los elementos particulares de sus alegaciones. El GE consideró suficiente, aunque apenas, para dar a la UE una idea básica de las alegaciones de China. Por lo tanto, denegaron la solicitud de la UE y confirmaron dentro de su mandato las alegaciones de China.

¹⁶ Informe del GE *Unión Europea — Calzado (China) (WT/DS405)* párrafos 7.45 al 7.50. adoptado el 22 de febrero de 2012.

D. Sobre algunas alegaciones fuera del mandato de GE porque no se celebraron consultas al respecto.¹⁷

La UE afirmó que la alegación de China relativa al cálculo del margen de utilidad en el contexto de la determinación del derecho inferior, estaba fuera del mandato del GE porque no fue objeto de consultas. Según la UE, al incorporar el artículo 9.1 del AAD en su solicitud de establecimiento de un GE, cuando esa disposición no se menciona en la solicitud de celebración de consultas, China modificó radicalmente la naturaleza de esta alegación. Según la UE, China trataba de incluir la aplicación por la UE del principio del derecho inferior, una cuestión totalmente diferente, inclusive de la determinación de daño.

China señaló que la adición del artículo 9.1 del AAD con las alegaciones de daño, es una extensión lógica de la alegación inicial. Agregó, el artículo 3 se ocupa de la determinación (de haberla) del daño, y el artículo 9.1 se refiere a la determinación del derecho *antidumping* sobre la base de la determinación del daño regulada en el artículo 3; en consecuencia, debe determinarse que las consideraciones adicionales incluidas en su alegación evolucionaron naturalmente a partir de la alegación análoga contenida en la solicitud de celebración de consultas.

El GE resumió sus hallazgos sobre los Acuerdos de la OMC de la siguiente manera: el artículo 4.4 del ESD dispone que una solicitud de celebración de consultas debe identificar las medidas en litigio e indicar los fundamentos jurídicos de la reclamación; el artículo 4.7 del ESD señala a su vez que si las partes no resuelven la diferencia dentro de los 60 días siguientes a la recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante puede solicitar el establecimiento de un GE. El artículo 17.1 del AAD menciona que el ESD se aplica a las consultas y a la solución de diferencias que surgen en relación con el AAD. El artículo 17.3 del AAD dispone que si un Miembro considera una ventaja resultante para él directa o indirectamente del AAD está anulada o menoscabada, o la consecución de uno de los objetivos del mismo se ve comprometida por la acción de otro Miembro, podrá pedir la celebración de consultas con el Miembro involucrado. El artículo 17.4 del AAD establece si las partes no solucionan la diferencia mediante consultas, el Miembro reclamante podrá someter la cuestión al OSD para solicitar el establecimiento de un GE. Por último, el artículo 17.5 del AAD dispone en esa situación, que el OSD establecerá un GE para resolver la diferencia.

Así pues, pareció evidente al GE que ninguna de estas disposiciones apoyaba la proposición sobre la no autorización de un Miembro reclamante para identificar en su solicitud de establecimiento de un GE alegaciones no identificadas en su solicitud de celebración de consultas.¹⁸ El artículo 6.2 del ESD requiere en la solicitud de

¹⁷ *Ibidem*, párrafos 7.51 al 7.61.

¹⁸ Sobre el mismo tema, algunos casos relacionados son: Informe del GE, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles (Brasil)*, WT/DS70/R, confirmado en el informe del Órgano de Apelación WT/DS70/AB/R, párrafo 9.12, adoptados el 4 de agosto del 2000; Informe del GE, *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (Canadá)* WT/DS46/R, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, párrafo 7.9 adoptados 23 de agosto de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) (Brasil)*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párrafo 293; Informe del GE, *México - Medidas*

establecimiento de un GE se mencione si se celebraron consultas, pero no limita su alcance a lo especificado en éstas. En conclusión, el GE constató que mientras la solicitud de celebración de consultas y la solicitud de establecimiento de un GE se refieran a la misma cuestión o pueda decirse razonablemente derivan de los fundamentos jurídicos identificados en la solicitud de consultas, puede considerarse una alegación, incluso si no se identifica específicamente en dicha solicitud de consultas y, en consecuencia, forma parte del mandato del GE. Por lo tanto, denegaron la solicitud de determinación preliminar de la UE.

2. *En relación con las medidas impuestas por la Unión Europea –los Reglamentos–*

A. *Artículo 9.5 del Reglamento 1225/2009 del Consejo (o Reglamento Antidumping).*¹⁹

El objeto de las alegaciones sobre las medidas en sí mismas de China es el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping*, donde se explican las modalidades con respecto a la imposición de derechos *antidumping*. Al respecto, dicho artículo establece dos circunstancias en las cuales no se determinará el derecho para cada empresa exportadora: 1) cuando no sea factible nombrar cada proveedor –exportador–; y 2) en general, cuando el valor normal sea determinado sobre la base del precio o del valor calculado en un país tercero de economía de mercado, o del precio que aplica dicho tercer país a otros países, incluida la Comunidad (CE), o, si esto no fuera posible, sobre cualquier otra base razonable, incluido el precio realmente pagado o pagadero en la Comunidad por el producto similar, debidamente ajustado para incluir un margen de utilidad razonable. En estos casos, se impondrá el (los) derecho(s) para el país proveedor (país exportador) y no para cada proveedor (empresa exportadora).²⁰

China adujo que el artículo 6.10 del AAD requiere que las autoridades investigadoras, calculen en principio un margen de *dumping* individual para cada exportador o productor extranjero, cuya mercancía se alega es objeto de *dumping*. Excepcionalmente, permite el uso de una muestra cuando el número de exportadores, productores, importadores o tipos de productos es alto. Según China, el texto y el contexto del artículo indican claramente que ésta es la única excepción a la norma obligatoria, de calcular un margen de *dumping*

antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz (Estados Unidos), WT/DS295/R, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS295/AB/R, párrafo 7.43, adoptados el 20 de diciembre de 2005.

¹⁹ Informe del Grupo Especial *Unión Europea — Calzado (China)*, WT/DS405, adoptado el 22 de febrero de 2012, párrafos 7.64 al 7.112.

²⁰ No obstante, el mencionado Reglamento ofrece una posibilidad distinta: la Comisión determinará un derecho individual en las investigaciones para los productores o exportadores que puedan demostrar que satisfacen todos los criterios siguientes (artículo 2.7 a) del Reglamento):

"a) cuando se trate de empresas controladas total o parcialmente por extranjeros o de *joint ventures*, los exportadores pueden repatriar los capitales y los beneficioso utilidades libremente;

b) los precios de exportación, las cantidades exportadas y las modalidades de venta se han decidido libremente;

c) la mayoría de las acciones pertenece a particulares; los funcionarios del Estado que figuran en el consejo de administración o que ocupan puestos clave en la gestión son claramente minoritarios o la sociedad es suficientemente independiente de la interferencia del Estado;

d) las operaciones de cambios se ejecutan a los tipos del mercado; y ...

e) la intervención del Estado no puede dar lugar a que se eludan las medidas si los exportadores se benefician de tipos de derechos individuales."

individual para cada exportador o productor de que se tenga conocimiento. Agregó, el artículo 9.5 del Reglamento crea una excepción adicional a la norma general de calcular un margen de *dumping* individual para cada productor o exportador y, de este modo, establece una obligación no calificada de aplicar derechos individuales a todos los productores del país examinado con arreglo al artículo 6.10.2 del AAD.

La UE sostuvo que el artículo 9.5 del Reglamento no es incompatible con el artículo 6.10 del AAD, pues simplemente reflejan, en el caso de las economías de no mercado, el concepto de la imposición de medidas *antidumping* encaminadas fundamentalmente a analizar la fuente real de la discriminación en los precios. Afirmó, sobre una economía de no mercado, el Estado, dado su control sobre los medios de producción y su intervención en la economía, puede considerarse como un proveedor cuyo comportamiento de *dumping* puede identificarse y encararse en virtud del AAD, al no haber una única excepción al principio descrito en el artículo 6.10. Finalmente la UE dijo, el artículo 9.2 del AAD no requiere que el derecho *antidumping* sea específico para una empresa, sino solamente se "designa" a los proveedores. Así pues, el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* de la UE no está dentro del ámbito de ese artículo.

Los terceros participantes en la controversia en comento, tuvieron opiniones divididas al respecto. En principio Japón, Vietnam y Turquía apoyaron la interpretación de China sobre la única excepción a la determinación individual prevista en el AAD. Por otro lado, Brasil y los Estados Unidos consideraron la posibilidad de interpretar el artículo 6.10 del AAD, en un sentido donde los Miembros puedan aplicar regímenes excepcionales para la determinación del valor normal y del precio de exportación en las investigaciones relativas a economías de no mercado y, por tal motivo, la autoridad investigadora cuenta con cierto margen de discreción.

No debemos perder de vista que el caso en cemento tiene un antecedente particular, pues plantea varias similitudes, identidad de alegatos y de países sobre el mismo Reglamento de la UE, concretamente el caso de *CE - Elementos de fijación (China)*.²¹ La actuación de este GE basó gran parte de su análisis en las constataciones de su precedente y, de este modo, aplicó algunos principios como el de economía procesal cuando así lo consideró necesario. Cabe mencionar, aun cuando el GE tomó referencia de un informe previo, aclaró que sólo lo utilizaría cuando considerase su análisis y razonamiento convincentes.

El GE no encontró en los argumentos de la UE, apoyo para admitir otras excepciones al principio de determinar márgenes de *dumping* individuales, previsto en el artículo 6.10 del AAD. Así, concluyeron que el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* es incompatible con el artículo 6.10 del AAD en sí mismo, porque condiciona el cálculo de los márgenes de

²¹ Informe del GE *CE - Elementos de fijación (China)*, Informe del Órgano de Apelación y del GE adoptados el 28 de julio de 2011, (WT/DS397). Al respecto, en la comunicación escrita del 25 de mayo de 2012 presentada al OSD (WT/DS405/7) ambas partes acordaron un plazo prudencial para el cumplimiento de 14 meses y 2 semanas, el cual expira el 12 de octubre de 2012, misma fecha de vencimiento para el cumplimiento de la UE en el presente caso.

dumping individuales para los productores o exportadores en una investigación relativa a economías de no mercado, a la satisfacción de una variedad de condiciones contenidas en el mencionado Reglamento. De este modo, la excepción establecida en el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* sobre los productores y exportadores sobrepasa el mandato de los Acuerdos de la OMC, así como el principio de la Nación Más Favorecida (NMF).

A partir de la referencia al informe del GE encargado del asunto *CE - Elementos de fijación (China)*, el presente GE aplicó el principio de economía procesal con respecto a ciertas alegaciones, a saber sobre los artículos 9.3 y 9.4 del AAD,²² y concluyó que sería apropiado hacerlo en este caso, pues un pronunciamiento al respecto, no contribuiría a la resolución de la diferencia ni ayudaría a su aplicación. En resumen, y una vez determinado que el Reglamento *Antidumping* es incompatible en sí mismo con las obligaciones de la UE en el marco de la OMC, además de ser incompatible con el artículo 6.10 del AAD, también lo es en su aplicación con los artículos 9.2 y 18.4 del AAD, así como con el artículo 1.1 del GATT de 1994 y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC (Acuerdo de Marrakech).

B. El Reglamento de Ejecución o reconsideración (UE) N° 1294/2009 y iii) el Reglamento definitivo 1472/2006.²³

El 28 de marzo de 2011, la UE informó al GE que el 31 de marzo de 2011²⁴ se suprimirían las medidas *antidumping* sobre determinado calzado procedente de China, objeto de esta diferencia, y le pidió que se abstuviera de formular una recomendación en virtud de la primera frase del artículo 19.1 ESD con respecto a las medidas expiradas. El GE determinó sin fundamento emitir una recomendación sobre si éstas medidas deben ponerse de conformidad según lo dispuesto en el artículo 19.1 del ESD. Por esto, todas aquellas alegaciones referentes a ambos Reglamentos fueron desestimadas, a saber: del AAD artículos 6.10.2 (examen de las solicitudes de trato individual de cuatro productores chinos en la investigación inicial); 2.4 y el apartado a) ii) de la sección 15 del Protocolo de Adhesión de China y los apartados e) y f) del párrafo 151 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China (examen de las solicitudes del trato de economía de mercado de determinados productores chinos en la investigación inicial); 11.3, 2.1, VI.1 del GATT de 1994 (procedimiento de selección del país análogo o sustituto y en la selección del Brasil

²² El artículo 9.3 dice que la cuantía del derecho *antidumping* no excederá del margen de *dumping* establecido de conformidad con los artículos 2 y 9.4; dice que cuando las autoridades hayan limitado su examen de conformidad con la segunda frase del artículo 6.10, los derechos que se apliquen a las importaciones procedentes de exportadores o productores no abarcados por el examen no serán superiores a 2 supuestos i) promedio ponderado y ii) valor normal prospectivo.

²³ Se desarrollan los argumentos para cada una de las partes en el informe final del GE, desestimando algunos y aceptando otros; sin embargo, al expirar ambos reglamentos, el GE no consideró adecuado proponer al OSD sobre una sugerencia a la UE sobre poner sus medidas de conformidad. Informe del GE Unión Europea — Calzado (China) WT/DS405, párrafos 7.113 al 7.287.

²⁴ El Reglamento Definitivo 1472/2006 que impone los derechos *antidumping* iniciales tenía una vigencia de 2 años a partir del 6 de octubre de 2006. Sin embargo, la Comisión dio apertura de oficio al caso debido a una investigación antielusión y en ésta se decidió ampliar los derechos impuestos (Reglamento 388/2008 del 29 de abril de 2008). Después de esta ampliación, en 2009 productores europeos de calzado solicitaron a la Comisión un examen de reconsideración para mantener las medidas contra China (Reglamento 1294/2009) y por ello es que China solicita las consultas en 2010.

como dicho país en la reconsideración por expiración; de éste destaca la determinación del GE al declarar sobre el artículo 11.3 del AAD no prescribe algún método específico que las autoridades investigadoras deban utilizar al formular una determinación de la probabilidad en un examen por extinción y, en particular, no obliga a la autoridad investigadora a calcular los márgenes de *dumping* o basarse en ellos cuando formula una determinación de la probabilidad de continuación o repetición del *dumping*.

Siguiendo con el AAD, China no demostró que la UE actuará de forma incompatible con el artículo 2.6 en conjunto con los artículos 3.1 y 4.1 (con respecto al alcance del producto considerado o el producto similar; 3.3 (por realizar una evaluación acumulativa en la investigación inicial); 3.4 y 3.5 (evaluación de los indicadores de daño y causalidad en la investigación inicial); 6.1.1 y el apartado a) de la sección 15 del Protocolo de Adhesión de China (al dar menos de 30 días para responder a los formularios de solicitud del trato de economía de mercado y del trato individual en la investigación inicial); 6.1.2 (determinadas respuestas a los cuestionarios en la reconsideración por expiración); 6.4 y 6.2 (determinada información en la investigación inicial y en la reconsideración por expiración); 6.5, 6.5.1 y 6.5.2 (trato confidencial de determinada información y en relación con los resúmenes no confidenciales en la investigación inicial); 6.3 y 6.8 (no aplicación de los hechos de que se tenía conocimiento en la reconsideración por expiración); 6.9 (tiempo dado para la presentación de observaciones sobre la información final adicional en la investigación inicial); 12.2.2 (información y las explicaciones dadas respecto de cuestiones específicas en la investigación inicial y en la reconsideración por expiración; 3.1, 3.2, 9.1 y 9.2 (sobre el establecimiento y percepción de derechos *antidumping* en la investigación inicial).

3. Incompatibilidad con el artículo 2.2.2 del AAD en el inicio de la investigación *antidumping*, determinación de la cuantía de gastos administrativos y demás.

El GE determinó el actuar incompatible de la UE con sus obligaciones previstas en el artículo 2.2.2 iii) del AAD, por lo que respecta a la determinación de la cuantía de los gastos administrativos, de venta y de carácter general, y de las utilidades para un productor-exportador en la investigación inicial; los pronunciamientos se resumen a continuación.²⁵

China argumentó que el método aplicado por la UE para calcular las cantidades por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general, así como por concepto de utilidades correspondientes a Golden Step (única empresa tratada con principios de economía de mercado en la investigación) fue incompatible con el artículo 2.2.2 del AAD, porque el método no fue razonable, y la UE no calculó el límite máximo de las utilidades según lo previsto en esa disposición. Según China, para la reconstrucción del valor normal por la autoridad investigadora, en dicho artículo se establece que añadirá una cantidad razonable por estos conceptos. Basándose en el texto del artículo 2.2.2 del AAD, China afirmó dos condiciones reguladoras de la utilización de cualquier otro método razonable: En primer lugar, el método utilizado para calcular los gastos administrativos, de venta y de carácter general y las utilidades debe ser razonable y, en segundo lugar, esta utilidad

²⁵ Informe del Grupo Especial Unión Europea — Calzado (China), WT/DS405, Adoptado el 22 de febrero de 2012. Párrafos 7.288 al 7.301

establecida de conformidad con el método razonable no excederá del límite máximo. En resumen, el método utilizado por la Comisión Europea en la investigación inicial no garantizaba que el valor reconstruido se aproximase al valor normal, por lo tanto no era razonable.

En contestación la UE, a falta de otros datos, aplicó el artículo 2.2.2 (fracción iii) del AAD²⁶ para calcular el valor normal correspondiente a Golden Step. Agregó que el método adoptado fue razonable y respetó el límite máximo, pero sostuvo que la noción de razonabilidad se debe interpretar en el contexto de aparición, y hace referencia a la declaración del GE en el asunto *Tailandia - Vigas doble T*²⁷ en relación con los incisos i) y ii) del artículo 2.2.2, según la cual, la intención de estas disposiciones era obtener resultados que se aproximen lo más posible al precio del producto similar en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador.

Según la UE, en la investigación inicial en litigio, la Comisión Europea decidió que la ventaja de satisfacer los criterios correspondientes al curso de operaciones comerciales normales y el mercado interno del país exportador, superaba el inconveniente de apartarse un tanto del criterio del producto similar. La UE reconoció que los productos no eran similares, ni siquiera de la misma categoría general, pero sostuvo que la Comisión constató la existencia de importantes similitudes entre las empresas cuyos datos se utilizaron. Señaló, la obligación que establece el artículo 2.2.2 (apartado iii) no consiste en encontrar el mejor método, sino uno razonable, y ante esto puede haber más de un método con tales características. El argumento defendido por la UE, básicamente es, si no se dan las circunstancias necesarias, no puede aplicarse el límite máximo, y la actuación de los Miembros pasa a regirse por el criterio de razonabilidad, el cual es muy subjetivo.

Antes de entrar en materia, el GE aclaró que sólo un productor chino había sido tratado conforme al principio de economía de mercado; sin embargo, esta única empresa no realizó ventas al mercado interno y por ello no se pudo determinar el valor normal. Así también, la Comisión concluyó, no se podían utilizar los precios de los demás vendedores o productores chinos, porque no se les había concedido el trato de economía de mercado, y entonces reconstruyó el valor normal correspondiente a Golden Step sobre la base de los propios costos de fabricación de esa empresa, más una cantidad correspondiente a los gastos administrativos, de venta y de carácter general, y a las utilidades. La Comisión Europea comunicó que las cifras utilizadas eran promedios correspondientes a productores chinos de los sectores químico y de ingeniería con trato de economía de mercado en dos

²⁶ "A los efectos del párrafo 2, las cantidades por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general, así como por concepto de beneficios (utilidades), se basarán en datos reales relacionados con la producción y ventas del producto similar en el curso de operaciones comerciales normales, realizadas por el exportador o el productor objeto de investigación. Cuando esas cantidades no puedan determinarse sobre esta base, podrán determinarse sobre la base de: ...

iii) cualquier otro método razonable, siempre que la cantidad por concepto de beneficios establecida de este modo no exceda del beneficio obtenido normalmente por otros exportadores o productores en las ventas de productos de la misma categoría general en el mercado interno del país de origen."

²⁷ *Tailandia- Vigas doble T* (Polonia) Informe del GE, modificado por el informe del Órgano de Apelación y adoptados el 5 de abril de 2001 (WT/SD122) párrafo 7.112.

investigaciones recientes y, sus niveles de gastos administrativos, de venta y de carácter general, y de utilidades eran similares.

El GE resumió los dos aspectos en litigio: en primer lugar, si el método utilizado por la Comisión Europea para determinar las cantidades por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general, así como por concepto de utilidades, fue razonable en el sentido del artículo 2.2.2 (apartado iii), y, en segundo lugar, si la UE incumplió esa disposición al no determinar el límite máximo de la utilidad fijada en el artículo 2.2.2 del AAD.

De lo anterior, el GE constató que la Comisión no sólo no calculó el límite máximo establecido en el artículo 2.2.2 (apartado iii) del AAD, sino que no intentó hacerlo de acuerdo con sus declaraciones, por lo tanto, China demostró su punto en la investigación inicial, donde la UE actuó de manera incompatible con el artículo 2.2.2 del AAD, al determinar las cantidades por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general, y por concepto de utilidades correspondientes a Golden Step. Al resolver sobre el primer tema en litigio, el GE consideró innecesario abordar el siguiente sobre si el método utilizado fue razonable.

Finalmente, y como consecuencia del aviso de la UE de terminación de las medidas impugnadas, China hizo notar el hecho de que, si bien habían expirado el Reglamento definitivo y el Reglamento de reconsideración, la Comisión Europea en dicho aviso expresó que procedía supervisar durante un año la evolución de las importaciones de calzado. Ante esta situación, China afirmó, si el GE concluyó que las medidas de la presente controversia son incompatibles con las obligaciones correspondientes a la UE, ésta tendría necesariamente que interrumpir de inmediato la supervisión de las importaciones de calzado prevista en el Anuncio de Expiración. China alegó, es una medida sumamente excepcional, que de hecho prolonga los efectos de las medidas impugnadas más allá del período de aplicación de los derechos *antidumping*. Reafirmó su interés jurídico en obtener constataciones del GE, y también en que éste formulara una recomendación, a fin de evitar una repetición de las medidas expiradas en el futuro.

Sin embargo, el GE desestimó el argumento de China diciendo que a su juicio esta supervisión no es suficiente para establecer que podrían, o deberían, formular una recomendación con respecto a las medidas expiradas. Asimismo, el GE agregó que si bien China hizo la sugerencia al tenor del artículo 19.1 del AAD, esto no afectaba su conclusión, pues los grupos especiales tienen facultades discrecionales para decidir si hacen o no una sugerencia.

China agregó que la otra medida en litigio, consistente en el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping*, sigue vigente y fue declarado incompatible con el Acuerdo de la OMC, en sí mismo y en su aplicación; por tanto, solicitó al GE sugiriera a la UE el reembolso de los derechos *antidumping* pagados hasta ahora sobre las importaciones del producto afectado procedentes de China. Sin embargo, el GE no se pronunció al respecto y además sobre la segunda sugerencia de cómo debería poner de conformidad sus medidas la UE mediante la eliminación del artículo 9.5 del Reglamento *antidumping*, el GE declinó dicha sugerencia.

En el caso *Guatemala-Cemento II (México)*²⁸ el GE constató la incompatibilidad de la medida impuesta por Guatemala a las importaciones de cemento mexicano, y México solicitó al GE que hiciera sugerencias específicas sobre la forma en que Guatemala podría aplicar la recomendación del GE de acuerdo con el artículo 19.1 del ESD.²⁹ En concreto, eliminar la medida *antidumping* hallada incompatible y devolver los derechos *antidumping* percibidos en aplicación de la misma; no obstante, el GE declinó la sugerencia de devolver los derechos, porque el texto del artículo 19.1 del ESD sólo menciona la forma de cómo podría poner de conformidad sus medidas y esto no incluye posibilidades de devolución.³⁰

III. Conclusión

El presente caso observa particularidades en varios sentidos, en los cuales vale la pena insistir y profundizar en ellos. En principio, la peculiaridad de encontrar dos casos (*Elementos de Fijación y Calzado*) muy similares tanto en las partes y reclamaciones, cuanto en las medidas impugnadas supuestamente incompatibles con las obligaciones de la Unión Europea en el marco de la OMC. Segundo, la actuación del GE en relación con las medidas expiradas y su negativa de emitir una sugerencia al respecto de la medida implementada por la UE (monitoreo de las importaciones). Esto trae al debate el avance en las negociaciones para modificar el Entendimiento de Solución de Diferencias. Finalmente, analizar el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, pues plantea un plazo de 15 años para dejar de utilizar la metodología para la determinación de la existencia de *dumping*,³¹ que no se base en una comparación estricta, cuando los productores chinos no puedan demostrar que en sus actividades de producción y comercialización funcionan como economías de mercado.

1. Elementos de fijación y Calzado

Según las declaraciones del GE, el presente caso tuvo mucha relación con un caso anterior, *Unión Europea- Elementos de Fijación (China)*, en el cual China manifestó el

²⁸ Informe del Grupo Especial *Guatemala — Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México* (WT/DS156/R) adoptado el 17 de noviembre de 2000, párrafos 9.1 al 9.7.

²⁹ "Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado [omitida nota a pie de página] la ponga en conformidad con ese acuerdo [omitida nota a pie de página]. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación *podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas*" (cursivas añadidas).

³⁰ Informe del Grupo Especial *Guatemala – cemento* Op. Cit. párrafo 9.6 que dice "... sugerimos que Guatemala revoque la medida *antidumping* aplicada a las importaciones de cemento ... de México". Párrafo 9.7 "... declinamos la petición de México de que sugiramos que Guatemala reembolse los derechos *antidumping* percibidos". Al respecto, antes de que se adoptará el Informe del GE, mediante la resolución 1128 del 2 de octubre de 2000, Guatemala eliminó la medida, con lo cual se dio cumplimiento a la sugerencia del GE y recomendación del OSD.

³¹ El Protocolo establece que al transcurrir 15 años desde la fecha de adhesión (2001) expirará la norma a) ii) referente a la metodología para determinar la existencia de *dumping*, a saber "el Miembro de la OMC importador podrá utilizar una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China si los productores sometidos a investigación no pueden demostrar claramente que prevalecen en la rama de producción que produce el producto similar las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto."

incumplimiento de las obligaciones de la UE mediante el artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* en sí mismo y en su aplicación en la investigación en comento. Dada la similitud, el GE decidió tomar el análisis previo, aclarando que sólo si consideraba correcto y convincente el argumento, lo incluiría en su propio análisis para ahorrar tiempo. El GE de ese caso se pronunció a favor de las alegaciones de China con respecto al artículo 9.5 del Reglamento. Sin embargo, y a pesar de ser un caso de 2009, resuelto en 2011, la medida permaneció el tiempo suficiente para llegar a afectar un segundo caso contra china. Adicionalmente, dada la coincidencia en tiempos y argumentos, ambos grupos especiales resolvieron en forma similar con respecto al Reglamento *Antidumping* y ambos países acordaron un plazo prudencial para el cumplimiento, en ambos casos este plazo expira el 12 de octubre de 2012.

La importancia de tener este tipo de casos en donde se impugnó el mismo artículo 9.5 del Reglamento *Antidumping* con las mismas partes y en tan poco tiempo que incluso su cumplimiento se realizará con fecha límite del 12 de octubre de 2012, es de trascendencia. En principio pone en entredicho el mecanismo de cumplimiento que se tiene para poner las medidas de conformidad con los Acuerdos de la OMC infringidos. El ESD reconoce la compensación y suspensión de beneficios como medidas a tomar, si la parte que perdió el arbitraje incumple en su aplicación después de determinar el plazo prudencial para su implementación.³² Esto significa que una medida puede seguir vigente aún después de determinar su incompatibilidad, al grado de abarcar uno o más casos seguidos, esto en términos prácticos es pérdida de tiempo y dinero, tanto para el demandado como para el mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Por otro lado, es rescatable el sistema de “jurisprudencia” acumulado en el OSD, a raíz de los múltiples casos que facilitan la labor de interpretación y decisión de los GE’s. Es un sistema que ha funcionado, pero sin duda, una reforma al texto del ESD podría hacer más efectiva la labor de los GE’s. Un ejemplo es el mandato que tienen los GE. En el caso en comento, las medidas expiraron durante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, por lo cual el GE resolvió no pronunciarse al respecto, pero por otro lado, el GE no quiso declarar, como parte de su mandato, sobre la medida tomada por la UE de supervisar las importaciones de calzado. Esto sin duda es una fuerte restricción al sistema justo de comercio que se espera de la OMC, pero de ello hablaremos en el siguiente apartado.

Cabe mencionar que dicho sistema de “jurisprudencia” tiene sus “defectos” por decirlo de alguna manera, esto se ve en la decisión tomada por el GE con respecto a las medidas expiradas reportadas por la UE. Al respecto, con base en esas medidas se inicia una diferencia pero en el proceso desaparecen y son sustituidas por otra. El GE se pronuncia en el sentido de que no puede sugerir poner de conformidad algo que no está vigente, según la cita a varios informes del Órgano de Apelación y de grupos especiales en donde se ha hecho referencia a esta misma situación. Conformándose entonces un acumulado de normas

³² A saber, el arbitraje 21.5 y 22.6 del ESD se invocan para la suspensión de concesiones en caso de incumplimiento. El arbitraje 21.3 se utiliza para determinar el plazo prudencial para el cumplimiento de los informes del GE y del Órgano de Apelación.

vinculantes para los grupos especiales.³³ El defecto radica en que si bien una medida ha expirado durante el procedimiento de revisión por el GE, ésta fue el origen de la controversia y se declaró en la solicitud de consultas y de establecimiento del GE, por lo cual el GE debería estar obligado a pronunciarse sobre dichas medidas aún si han expirado en el proceso. Esto con la finalidad de dejar un precedente en la resolución del caso y llamar la atención del país infractor para desistir en las incompatibilidades con los acuerdos de la OMC, incluso si la medida origen de la diferencia no está vigente al momento de las constataciones del GE. Podríamos considerar este tipo de decisiones del GE como incompatibles en sí mismas con la finalidad del OSD, consistente en solucionar las diferencias entre los Miembros. Lo anterior permitiría dejar una huella positiva en la jurisprudencia que prevenga futuras controversias.

Asumiendo que el GE se pronunciase sobre los Reglamentos expirados, el monitoreo anunciado por la UE sobre el calzado por un año podría considerarse como una extensión de la medida encontrada como incompatible, y de este modo ser objeto de apelación al amparo del arbitraje previsto en el artículo 21.5 del ESD.³⁴ Esto sería darle continuidad al proceso que se había venido analizando y no darle oportunidad a los países infractores de seguir “expirando” medidas en litigio antes de su conclusión para evitar así un pronunciamiento del GE con respecto a su incompatibilidad, que evidentemente va en contra del objetivo de la OMC representado en el libre comercio.

³³ Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, adoptado el 11 de diciembre de 2008, y *Corr.1/Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD ("CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)"*), WT/DS27/AB/RW/USA y *Corr.1*, adoptado el 22 de diciembre de 2008, párrafo 479 ("Dado que la medida en litigio en la presente diferencia no existe ya, no formulamos ninguna recomendación al OSD de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD"); informe del Grupo Especial, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas ("Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)"*), WT/DS371/R, distribuido a los Miembros de la OMC el 15 de noviembre de 2010 [apelación en curso], párrafo 8.8 ("No formulamos ninguna recomendación con respecto al Aviso de MRSP de diciembre de 2005 por cuanto es un hecho no controvertido que ese Aviso ha expirado y no sigue existiendo a los efectos del párrafo 1 del artículo 19 del ESD."); e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China ("Estados Unidos - Aves de corral (China)"*), WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010, párrafo 8.7 ("dado que la medida en litigio -el artículo 727- ha expirado, no recomendamos al OSD que pida a los Estados Unidos que pongan la medida pertinente en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo MSF y del GATT de 1994").

³⁴ El cual a la letra dice:

“Artículo 21 *vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones*

[...]

5. En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto ...”

En este arbitraje a solicitud de la parte que ganó el asunto, el GE determina si la parte que perdió cumplió en debida forma con la recomendación del OSD.

Los efectos nocivos de la decisión del GE en comento, radican en que se reconoce al monitoreo de las importaciones de calzado como una nueva medida, la cual puede ser objeto de un procedimiento en el OSD (consultas, arbitraje, apelación), para lo cual China debe comenzar el procedimiento con la celebración de consultas, si desea impugnar el monitoreo, lo cual sólo retrasaría la eliminación de las medidas incompatibles y que generan menoscabo en los derechos del país reclamante al amparo de los acuerdos de la OMC. Cabe mencionar que esta es otra ineficacia del sistema de solución de diferencias en el sentido de desechar los procedimientos y resoluciones previas (hablando del mismo producto y Reglamentos) para iniciarlos totalmente en blanco (salvo las posibles referencias al presente caso por ejemplo).

2. *Modificaciones al ESD*³⁵

En noviembre de 2001, en la Conferencia Ministerial de Doha, los gobiernos Miembros convinieron en celebrar negociaciones para mejorar y aclarar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. En la mencionada Declaración Ministerial se tenía previsto que las negociaciones sobre el ESD se finalizaran en 2003, antes que el resto de las negociaciones de la Ronda; bien es cierto que se han retrasado las negociaciones desde 2005 cuando se supone debían terminar, y esto seguirá siendo así hasta que se pongan de acuerdo con los subsidios agrícolas; sin embargo, y para no seguir afectando el sistema de solución de diferencias de la OMC, resaltamos la necesidad de que se terminen a la brevedad las negociaciones del ESD, para afecto de corregir importantes afectaciones a los Miembros de dicha organización.

En seguimiento, obsérvese que China solicitó al GE sugiriera a la UE: i) derogar inmediatamente el Reglamento de reconsideración y ii) devolver los derechos *antidumping* pagados sobre las importaciones del producto en cuestión. Este último punto es de crucial importancia, dado que no hay regulación en el ESD sobre los derechos cobrados injustamente, no hay posibilidad explícitamente indicada sobre devoluciones de derechos *antidumping* de una medida resuelta como incompatible y esto es una falla constante en el sistema de solución de diferencias que lo vuelve inconsistente con el principio de un comercio justo.

En el último informe del Presidente del OSD al Comité de Negociaciones Comerciales, se plantean modificaciones al texto del Entendimiento, a las cuales llegaron los miembros a base de varias reuniones extraordinarias; empero, el Presidente enfatiza la necesidad de que los miembros tengan más voluntad para ponerse de acuerdo, ya que esto ha dificultado los avances en las modificaciones. En el cumplimiento efectivo, por ejemplo, destaca la propuesta de que un grupo de Miembros iniciara medidas de retorsión apoyando a un país en desarrollo para acelerar el cumplimiento del país infractor. Así las modificaciones son relevantes para mejorar el sistema, sin embargo, no han podido llegar a un acuerdo los Miembros para su adopción.

³⁵ Nota del editor: Para ver más detalles sobre las propuestas de reforma al ESD ver Garza Magdaleno, Fernanda, "Breve explicación sobre las propuestas de reforma al mecanismo de solución de diferencias de la OMC", Revista de Derecho Económico Internacional, México, ITAM, vol. 2, No. 1, marzo 2012, disponible en: http://dei.itam.mx/archivos/articulo3/tercer_articulo_marzo.pdf

La decisión en comento muestra importantes fallas sistémicas con respecto al carácter de los actos necesarios para aplicar una recomendación, según los términos del artículo 19.1 del ESD sobre las recomendaciones, y es así como estimamos necesario incluir en las modificaciones al ESD la posibilidad de devolver los derechos injustamente cobrados y el de emitir pronunciamiento sobre las medidas expiradas para evitar su eventual reproducción, toda vez que no existen aún propuestas de los miembros de la OMC referentes a estos temas de crucial relevancia.

3. *Protocolo de adhesión de China*

Es importante mencionar que durante las negociaciones sobre la adhesión de China a la OMC, la preocupación principal de los Miembros era sobre el trato comercial de una economía de no mercado y a su vez la larga lista de medidas *antidumping* aplicadas por los Miembros a muchos productos chinos. Ante esto, se hicieron acuerdos y se establecieron plazos tanto para que China estandarizara sus prácticas comerciales a una economía de mercado, cuanto para que los Miembros dejaran de aplicar medidas especiales o diferenciadas a China por tratarse de una economía de no mercado. Entonces, tenemos en el Protocolo de Adhesión de China (PACH), entre otras cosas, un plazo de 15 años contados a partir de 2001 para que un Miembro, una vez vencido dicho plazo, durante las investigaciones *antidumping* deje de aplicar una metodología diferenciada para los exportadores chinos por tratarse de una economía de no mercado, es decir a partir del 11 de diciembre de 2016 China deberá ser considerada como una economía de mercado para efecto de las investigaciones *antidumping*.

Esta metodología diferenciada se encuentra en el inciso ii) del apartado a del informe del Grupo de Trabajo sobre el PACH:

ii) el Miembro de la OMC importador podrá utilizar una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China si los productores sometidos a investigación no pueden demostrar claramente que prevalecen en la rama de producción que produce el producto similar las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto (subrayado nuestro)³⁶

La relevancia de poner fecha de expiración a los Miembros sobre los procedimientos a seguir con China, evidencia claramente la posición de China en su trato comercial; es decir, es o no es una economía de mercado. China declaró en su comunicación escrita al GE en el caso en comento, que se consideraba como una economía de mercado mientras, que países como EUA, México y la UE realizan sus investigaciones basados en la premisa de una economía de no mercado, apoyados en que aquélla mantiene control gubernamental en los temas comerciales. Es entonces un tema relevante el estatus de China tanto en las investigaciones *antidumping* por el trato que reciben sus exportadores, cuanto en el trato y condiciones comerciales a las que se hace merecedora o no, dependiendo de cómo los demás Miembros la califican como economía de no mercado.

³⁶ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, WT/ACC/CHN/49, 1º de octubre de 2001.

Finalmente, la experiencia de este caso nos deja con la imperante necesidad de avanzar y adoptar las mejoras al ESD; nos deja una reflexión en cuanto al sistema de “jurisprudencia” de los casos del OSD, en cuestiones que si bien ayudan a la labor de los grupos especiales también complican su actuar, por ejemplo con las medidas que son eliminadas, y por último el PACH y su plazo de vencimiento el 11 de diciembre de 2016, para dejar de aplicar a los productores y exportadores chinos una metodología diferenciada para efectos de la determinación de la existencia de *dumping*. El punto es aprender y dirigir los esfuerzos del OSD hacia la prevención, y reforzar la idea de suspender concesiones al incumplimiento inmediato de los Miembros infractores y no dejar que la controversia se extienda y de cabida a más diferencias sobre la misma medida o una derivada de ésta, como el (los) Reglamento(s) que analizamos en este caso.