

China y la solución de sus conflictos en la OMC

Introducción a casos y jurisprudencia

Blanca Yaquelín ZENTENO TREJO
Armando OSORNO SÁNCHEZ



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

CHINA Y LA SOLUCIÓN DE SUS CONFLICTOS EN LA OMC

Introducción a casos y jurisprudencia

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 341

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

El cuidado de la edición y la formación en computadora estuvo a cargo de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

Edna María López García
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

BLANCA YAQUELÍN ZENTENO TREJO
ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ

CHINA Y LA SOLUCIÓN DE SUS CONFLICTOS EN LA OMC

Introducción a casos y jurisprudencia



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA
MÉXICO, 2020

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Esta obra fue sometida a dictamen por pares revisores y aprobada para su publicación
por la Comisión Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Primera edición: 18 de febrero de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN versión electrónica: 978-607-30-2899-8

*A Gerardina Trejo Araujo,
Karla, Raúl y Adrián Zenteno Trejo*

CONTENIDO

Abreviaturas y siglas.....	9
Introducción	13
Primera parte	
La adhesión de China a la OMC	21
Segunda parte	
China en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.	
<i>Status</i> litigioso de China.....	81
Tercera parte	
Casos DS339, DS340 y DS342.	
China-Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles..	107
Cuarta parte	
Caso DS362.	
China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los DPI.....	155
Quinta parte	
Casos resueltos mediante Memorándum de Entendimiento	259
Anexos	267
Referencias.....	273
Acerca de los autores	281

ABREVIATURAS Y SIGLAS

aa.	Artículos
art.	Artículo
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
Acuerdo de la OMC	Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
Acuerdo MSF	Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Acuerdo sobre las MIC	Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
Acuerdo sobre los ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AEI	Administración Estatal de Impuestos
AGA o CGA	Administración General de Aduanas de China
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AGOA	Ley sobre Crecimiento y Oportunidades para África
ALC	Acuerdos de Libre Comercio
AQSIQ	Administración General Estatal de la República Popular China para la Supervisión e Inspección de la Calidad y Cuarentena
ASEAN	Asociación de Naciones del Sureste Asiático
Boletín Público	Boletín Público de Fabricantes y Productos del Sector de los Vehículos Automotores
ATI	Acuerdo sobre Tecnología de la Información
CBTPA	Ley sobre la Asociación Comercial de la Cuenca del Caribe
CCA	Comité de Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera
CE	Comunidades Europeas
CIQ-SA	Administración Estatal de la República Popular China sobre Inspección a la entrada y a la salida y sobre cuarentena
CKD	Juegos de piezas completamente desmontados
CNP	Congreso Nacional del Pueblo de China
Código Penal	Código Penal de la República Popular de China

Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980
Convenio de Berna	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971
CSBYS	Oficina Estatal de Supervisión Técnica de China
DA	Derecho de Autor
DIP	Derecho Internacional Público
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
DS	Diferencia (s), caso (s) o litigio (s).
ECE	Entidades Comerciales del Estado
Entendimiento BP	Entendimiento relativo a las disposiciones en materia de balanza de pagos
EPE	Empresas de Propiedad Estatal de China
ESD	Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias
EUA	Estados Unidos de América
FOB	F.O.B. <i>Free On Board</i>
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSP	Fiscalía Suprema del Pueblo de China
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GE	GE
GEs	Grupos Especiales
GT	Grupo de Trabajo
GT-GATT	Grupo de Trabajo sobre de la Adhesión de China en el marco del GATT
GT-OMC	Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China a la OMC
HDVD	Discos de vídeo digitales de alta definición
ICC	Iniciativa de la Cuenca del Caribe
Informe de Adhesión	Informe del Grupo de Trabajo sobre la adhesión de China
IE	Inversión Extranjera
IED	Inversión Extranjera Directa
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
ISR	Impuesto Sobre la Renta
IVA	Impuesto sobre el Valor Agregado o Añadido
KORUS	Acuerdo de Libre Comercio entre los EUA y Corea
LA	Ley de Aduanas de la República Popular de China

ABREVIATURAS Y SIGLAS

11

LCE	Ley de Comercio Exterior de la República Popular de China
LDA	Ley de Derecho de Autor de la República Popular China
Medidas de Aplicación	Medidas de Aplicación del Reglamento sobre Protección en Aduana de los DPI
MEPC	Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales
MGA	Medida Global de la Ayuda
MOFCOM	Ministerio de Comercio de la República Popular de China
MOFTEC	Ministerio de Comercio Exterior y Cooperación Económica de la República Popular de China
MSF	Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
NCAC	Administración Nacional del Derecho de Autor de China
NDRC	Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma de China
NMF	Nación Más Favorecida
NTPP	Programa de Preferencias Comerciales de Nepal
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
párr.	Párrafo
Párrs.	Párrafos
Protocolo de Adhesión	Protocolo de Adhesión de la República Popular de China
PIB	Producto Interno Bruto
Reglamento sobre Protección en Aduana de los DPI	Reglamento sobre protección en aduana de los Derechos de Propiedad Intelectual
RGI	Regla general para la interpretación del Sistema Armonizado
RMB	<i>Renminbi</i> (moneda de curso legal en China)
RPC	República Popular de China
sec.	sección
SA	Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías
SAFE	Administración Estatal de Divisas
SAIC	Oficina de Marcas

SAIC	Oficina encargada de la represión de la competencia desleal
SDA	Administración Estatal de Productos Farmacéuticos
SIPO	Oficina Estatal de la PI encargada de la aprobación de patentes
SKD	Juegos de piezas parcialmente desmontados
SMC	Sistema Multilateral de Comercio
SSD	Sistema de Solución de Diferencias de la OMC
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TSP	Tribunal Supremo del Pueblo de China
UE	Unión Europea
UN	Naciones Unidas
UPOV	Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
USDOC	Departamento de Comercio de los EUA
VPN	Redes Privadas Virtuales
ZEE	Zonas Económicas Especiales de China

INTRODUCCIÓN

En este libro se introduce al lector al estudio y análisis de la solución de conflictos comerciales de China con sus principales interlocutores comerciales, en el marco del SMC. Dicho estudio y análisis se realiza a través de la presentación de casos, mejor conocidos como diferencias (DS) que se han sustanciado ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

El abordaje de casos, se ha constituido a lo largo del tiempo en una de las mejores formas de conocer el sentido y alcance de las normas jurídicas del sistema jurídico chino. China ha estado involucrada en diferentes litigios como “demandado”, “reclamante” y “tercero”. En este libro introductorio a la solución de conflictos comerciales se inicia con la presentación de 7 casos de un total de 43 (al 28 de julio de 2019) en las que China ha sido demandado por los EUA, CE/UE, Canadá y México.

El periodo en el que se suscitaron estos casos fue del 2004-2007. En el año 2004 se sustanció el caso DS309, en el año 2006 se sustanciaron los casos DS339, DS340, DS342 y en el año 2007, los casos DS358, DS359 y DS362. El periodo del 2008-2019, se abordarán en otros tomos. Algunos de estos casos se resolvieron con el GE, otros por el Órgano de Apelación y otros mediante una solución mutuamente convenida.

En este libro se destacan los criterios, interpretaciones y métodos más relevantes contenidos en los informes de los GEs y del Órgano de Apelación, que se siguieron en cada caso y que forman parte del acervo jurisprudencial de la OMC. Los casos fueron consultados directamente de las solicitudes de consultas, informes de los GEs y del Órgano de Apelación, así como de los respectivos comunicados y memorándums de entendimiento, en las versiones auténticas en el idioma inglés y español. Todos estos documentos son muy extensos, pero su consulta, estudio y análisis ha sido muy enriquecedora.

Se espera que el lector pueda considerar este libro introductorio como un material didáctico y de consulta, para el mejor conocimiento de las normas del sistema multilateral de comercio y del sistema jurídico chino.

En la primera parte del libro, denominada *La adhesión de China a la OMC*, se presenta una breve reseña del proceso de adhesión de China a la OMC. Su adhesión implicó una serie de negociaciones con una duración de casi 15 años, tanto en el marco del GATT como en el marco de la OMC. En las negociaciones China asumió compromisos importantes de apertura y liberalización de su régimen económico, a través de reformas jurídicas en todos los sectores de su comercio y economía, a fin de integrarse mejor en la economía mundial y con ello ofrecer al comercio internacional y a las inversiones extranjeras un entorno más previsible, en consonancia con los principios del SMC.

En esta primera parte se presentan los datos y compromisos más importantes que llevaron a China a obtener el reconocimiento de miembro de la OMC, lo que permitirá comprender el origen y consecuencias de sus conflictos comerciales en el marco de este organismo.

En la segunda parte del libro denominada *China en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC*, se presenta una breve introducción a la solución de conflictos ante el OSD de la OMC. Se continua con la presentación del *status* litigioso de China en este organismo, en calidad de “reclamante”, “demandado” y “tercero”.

Los principales interlocutores comerciales de China, han emprendido una serie de acciones en su contra (“demandado”) cuando éstos presumen que una medida aplicada (instrumento jurídico chino) por China es incompatible con las normas del SMC y por lo tanto, constituye un caso de anulación o menoscabo, al miembro afectado que forma Parte del acuerdo abarcado por la OMC.

En esta parte del libro el lector, podrá observar una serie de tablas que presentan su *status* litigioso en la OMC. También se citan los datos económicos-comerciales más relevantes de sus tres principales interlocutores comerciales: los EUA, la UE y Canadá.

A través de una revisión de caso por caso se dan a conocer los nombres de los Acuerdos que supuestamente China ha incumplido, en perjuicio de otros miembros de la OMC, así como de los acuerdos que otros miembros de este organismo han incumplido en su perjuicio. Se presentan los sectores, ramas de la producción o en su caso productos chinos afectados por miembros de la OMC y los que ha afectado China cuando aplica medidas incompatibles con sus obligaciones comerciales.

Se finaliza con la presentación de breves consideraciones sobre el derecho chino y la prevalencia de las normas del SMC, respecto de las normas chinas. Se resalta la importancia del acervo jurisprudencial de la OMC, que contienen las interpretaciones, criterios y métodos de análisis de los Grupos

Especiales y del Órgano de Apelación en la resolución de los conflictos comerciales.

La tercera parte, de este libro denominada *Casos. DS339, DS340 y DS342. China-Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles*, expone las alegaciones, argumentos e interpretaciones de los “reclamantes-apelados” (CE, EUA y Canadá), así como de China en calidad de “demandado-apelante”. Se pone especial énfasis en las interpretaciones y constataciones del GE y el Órgano de Apelación.

En este caso, los reclamantes, solicitaron la celebración de consultas con China, con respecto a la imposición por parte de este país, de medidas que afectaban negativamente a las exportaciones de partes, componentes y accesorios de vehículos automóviles procedentes de estos tres miembros. Las tres solicitudes se sustanciaron bajo un solo procedimiento, pero con la emisión de tres informes separados del GE y del Órgano de Apelación, para cada reclamante. Los tres casos se registraron con la misma denominación *China-Partes de automóviles* (título abreviado).

Las medidas en litigio impugnadas por los reclamantes fueron tres instrumentos jurídicos de la legislación nacional de China que afectaban a las partes de automóviles importadas en China, a saber: 1) la Orden No 8, 2) el Decreto No 125 y 3) el Aviso No 4.

Los reclamantes alegaron que las medidas: 1) imponían una *carga* a las importaciones de *partes de automóviles caracterizadas como vehículos automóviles completos*, y de manera específica sobre juegos de piezas CKD y SKD y 2) establecían un régimen reglamentario con prescripciones de procedimientos administrativos relacionados con esa carga.

El lector podrá apreciar los criterios del GE para determinar la conceptualización de una *carga interior* en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, y la conceptualización de un *derecho de aduana propiamente dicho* en el sentido del párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994, ya que ambos términos fueron términos controvertidos por las Partes.

El Órgano de Apelación, confirmó la resolución del GE, en el sentido de que la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio era una *carga interior y no un derecho de aduana propiamente dicho*. En este sentido, las medidas en litigio aplicadas a las partes de automóviles importadas en general eran incompatibles con la primera frase del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, por cuanto sometían a las partes de automóviles importadas a una carga interior que no se aplicaba a las partes de automóviles nacionales similares. También las medidas en litigio eran incompatibles con el párr. 4 del art. III del GATT de 1994, por cuanto otorgaban a las partes de automóviles

importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales similares.

En la cuarta parte de este libro, denominada *Caso DS362. China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los DPI*, se presentan las alegaciones de los EUA respecto a determinadas medidas relativas a la protección y observancia de los DPI en China. En particular en relación a: 1) la denegación de la protección y observancia del DA y los derechos conexos respecto de las obras cuya publicación o distribución en China no había sido autorizada, 2) la eliminación de las mercancías infractoras de DPI, decomisadas por las autoridades aduaneras chinas y 3) los umbrales con respecto a los procedimientos y sanciones penales. A continuación, se presenta una breve descripción de cada una de ellas.

En la primera alegación se argumentó la denegación de la protección y observancia del DA y los derechos conexos respecto de las obras cuya publicación o distribución en China no había sido autorizada. El GE centró especialmente su análisis en el párr. 1 del art. 4 de la LDA, que disponía: “Las obras cuya publicación y/o difusión están prohibidas por ley no estarán protegidas por la presente Ley.”

Los EUA, alegaron que China denegaba la protección de la LDA a determinadas categorías de obras, en consecuencia, los autores de estas obras cuya publicación o distribución estaban prohibidas por ley no tenían acceso al amplio conjunto de derechos enumerados en el art. 10 de la LDA, que abarcaba los derechos contemplados en las disposiciones del Convenio de Berna. Tampoco se beneficiaban de los recursos especificados en los aa. 46 y 47 de la LDA. En conclusión, no gozaban de los derechos mínimos establecidos en el Convenio de Berna, por lo que era incompatible con los párrs. 1) y 2) del art. 5 de ese Convenio.

El GE concluyó que el párr. 1 del art. 4 de la LDA, era suficientemente claro, para demostrar que denegaba la protección del DA contenida en el art. 10 de la LDA, a determinadas obras, incluidas obras de nacionales de miembros de la OMC (obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido y las porciones suprimidas de las obras editadas para satisfacer el examen del contenido).

Este artículo, era la disposición por la que se aplicaban los derechos especialmente establecidos por el Convenio de Berna, pero se denegaban estos derechos. Se refería a obras prohibidas por contenidos considerados ilegales con arreglo a los criterios establecidos en las leyes y reglamentos chinos pertinentes, incluidos los reglamentos sobre el examen del contenido.

Por lo anterior, se concluyó que el párr. 1 del art. 4 de la LDA, era *incompatible* con las obligaciones de China en virtud del párr. 1) del art. 5 del

Convenio de Berna de 1971, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, pese a los derechos de China reconocidos en el art. 17 del Convenio de Berna.

En la segunda alegación, se alegó la eliminación de las mercancías infractoras de DPI decomisadas por las autoridades aduaneras chinas. Las tres medidas en litigio objeto de esta alegación fueron algunas disposiciones del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI, de las Medidas de Aplicación de este Reglamento y del Aviso Público No 16/2007, conocidas como “medidas aduaneras” y fueron consideradas por los EUA incompatibles con el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Los EUA, alegaron que las medidas aduaneras de China creaban un *sistema obligatorio de opciones de eliminación* para que las autoridades aduaneras competentes chinas no ejercieran libremente sus facultades. El sistema no facultaba a las autoridades a ordenar la *destrucción* de las mercancías infractoras, requeridas por el art. 59. Se daba *prioridad a opciones* que permitían que las mercancías infractoras entraran en los circuitos comerciales o causaran de otro modo daños al titular del derecho.

Las opciones de eliminación eran: 1) la *donación a órganos de bienestar social*, nada parecía impedir que esos órganos vendieran las mercancías infractoras, y esto podía perjudicar al titular de un derecho, 2) la *venta al titular del derecho* le perjudicaba en la cuantía que éste pagaría por las mercancías infractoras y 3) la *subasta* no era un método de eliminación de los circuitos comerciales y si el titular del derecho no consentía en ella, también podía perjudicarlo.

El GE constató, el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, era aplicable a todas las infracciones de DPI: mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, mercancías piratas, mercancías infractoras de marcas de fábrica o de comercio, de DA, y de patentes. Los EUA no demostraron que las medidas aduaneras fueran incompatibles con el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, en tanto en cuanto incorporaba los principios establecidos en la primera frase del art. 46 de dicho acuerdo.

En la tercera alegación, los EUA impugnaron los *umbrales penales aplicables a la condena*, establecidos en el Código Penal de China (aa. 213 al 220) y dos de sus Interpretaciones (Interpretación No. 19 [2004] del TSP y la Interpretación No 6 [2007] del TSP). Las medidas penales de China se impugnaron “en sí mismas” respecto de un amplio número de delitos comerciales.

Los umbrales, impedían que muchos actos de piratería y falsificación a escala comercial fueran objeto de enjuiciamiento penal o de condena, en ausencia de determinados criterios. En consecuencia, se impugnó la

inexistencia de procedimientos y sanciones penales para las personas que realizaban la reproducción o la distribución no autorizadas de obras protegidas por el DA. En este sentido, los EUA alegaron al amparo de la primera y segunda frase del art. 61 y del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC.

El GE concluyó que los actos de infracción de las marcas de fábrica o de comercio y del DA que no alcanzaban *todos* los umbrales aplicables no estaban sujetos a procedimientos y sanciones penales. Interpretó que el art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, era la *norma mínima internacionalmente acordada*. Su primera frase *imponía una obligación* consistente en que los miembros establecieran procedimientos y sanciones penales, a actos de falsificación *dolosa* de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA a *escala comercial*.

También concluyó que la primera frase del art. 61, *no exigía u obligaba a China* y a ningún miembro a establecer procedimientos y sanciones penales para la falsificación de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del DA, que infringieran derechos de los particulares a menos que se cumplieran las dos calificativas: “dolo” y “escala comercial”.

El GE, Interpretó que “escala comercial” era la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual, con respecto a un producto determinado en un mercado determinado, que podía ser pequeño o grande, como punto de referencia para valorar la obligación contenida en la primera frase del art. 61.

En consecuencia, constató que los EUA no acreditaron *prima facie* en sus argumentos. No demostraron que los umbrales penales fueran incompatibles con las obligaciones que correspondían a China en virtud de la primera frase del art. 61.

Concluyó en términos generales en todo el asunto, que la LDA y las medidas aduaneras, eran en sí mismas incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC, en consecuencia, anulaban o menoscaban ventajas resultantes de ese Acuerdo para los EUA. Recomendó, que China pusiera estas medidas en conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

En la quinta parte, de este libro denominada *Casos resueltos mediante Memorándum de Entendimiento*, se presentan tres casos resueltos en la modalidad de solución mutuamente convenida o desistimiento bajo la forma de un “Memorándum de Entendimiento. Se inicia con el caso DS309. China-Impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados, en el que los EUA solicitaron la celebración de consultas con China, con respecto al impuesto chino sobre el valor añadido (IVA) que se aplicaba a los circuitos

integrados. En China las empresas tenían derecho a un reembolso parcial del IVA sobre los circuitos integrados producidos por ellas. China gravaba los circuitos integrados importados con impuestos más elevados que los aplicados a los circuitos integrados nacionales y con ello otorgaba un trato menos favorable a los circuitos integrados importados. Discriminaba los servicios y proveedores de servicios de otros miembros. El impuesto preferencial se aplicaba mediante instrumentos jurídicos “Avisos” emanados de diversos órganos chinos competentes.

Los EUA consideraron que estas medidas eran incompatibles con las obligaciones que correspondían a China en virtud de los aa. I y III del GATT de 1994, el Protocolo de Adhesión de China y el art. XVII del AGCS. En el memorándum se acordó, que, China revocaría las medidas en litigio, con el fin de eliminar la posibilidad que tenían las empresas que producían circuitos integrados en China de que se les reembolsara el IVA sobre sus ventas nacionales. China se comprometió a publicar un aviso para revocar la medida en litigio que previa el reembolso del IVA sobre los circuitos integrados diseñados en China, pero fabricados en el extranjero.

Se continua con la presentación de los casos: DS358 y DS359. China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Los EUA y México, solicitaron celebración de consultas con China con respecto a determinadas medidas a través de las cuales el gobierno de China concedía a empresas en China devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos, que en otro caso el Gobierno percibiría de las empresas en China, en otras palabras, que ordinariamente pagarían al gobierno chino, supeditadas a la condición que dichas empresas compraran productos nacionales con preferencia a los importados, o que cumplieran determinados criterios relativos a los resultados de exportación.

Los EUA y México argumentaron que las medidas en litigio otorgaban a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales “similares”. Las medidas tomaban forma de circulares, disposiciones, guías, leyes y reglamentos. Las DS se resolvieron a través de un Memorándum de Entendimiento, en la que se acordó, la derogación de varias de sus medidas (circulares y disposiciones) respecto de las preferencias fiscales establecidas y en el caso de otros instrumentos jurídicos su no restablecimiento o inaplicación.

Esperamos que este libro sea de ayuda al lector interesado en el conocimiento del Derecho Internacional, de manera específica de las normas del sistema multilateral de comercio y su vínculo con el sistema jurídico chino.

PRIMERA PARTE

LA ADHESIÓN DE CHINA A LA OMC

China se convirtió en el miembro número 143 de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 11 de diciembre de 2001,¹ acto que con el tiempo y a través de muchas reformas principalmente en su sistema jurídico y económico, la colocó como un interlocutor comercial y económico estratégico entre los miembros de este organismo. Hoy es un referente importante, por ser una de las economías más grandes del mundo, sin embargo, el actual *status* económico, no siempre lo tuvo.

Las teorías de las relaciones internacionales, son variadas, respecto del porvenir de China. Hay dos posturas que vale la pena citar, por ejemplo, Montobbio, Manuel, hace referencia a la lectura de Mencio en la que se deduce que China afronta dos opciones fundamentales en su ascenso hacia el liderazgo global, el primero, convertirse en un Estado hegemónico que sustituya el liderazgo de los que le han precedido, y que como los que le han precedido pierda su liderazgo un día, o el segundo, que su ascenso suponga un caso único en la historia de ascenso o transformación, rompiendo así los ciclos de la historia y su repetición, haciendo posible la transformación del propio Sistema Internacional hacia un punto de equilibrio superior.²

El tiempo, nos permitirá confirmar una u otra de las posturas teóricas en sentido positivo u otras teorías que vislumbran un futuro negativo para China y que se debaten en la academia. También vale la pena reflexionar respecto de si China necesita fortalecer su sistema económico a través de un sistema jurídico más armonizado con sus principales interlocutores

¹ OMC. *Adhesiones. China*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

² Cfr. Montobbio, Manuel. “Tianxia, teoría de las relaciones internacionales y ascenso global de China”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/1, enero-junio 2018. Madrid, pp. 239. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/*/China/WW/vid/706444809.

comerciales, con políticas económicas y comerciales más unificadas con las normas del Sistema Multilateral de Comercio (SMC). La respuesta también necesitará tiempo.

La historia de los sistemas jurídicos, ha demostrado que los sistemas se han cerrado para alcanzar sus propios fines, la conservación de sus valores sociales y sus ideales, entre otros aspectos, pero también, se han abierto para sobrevivir y crecer, sin perder su identidad. El momento del cierre y la apertura en muchas ocasiones es planeado, pero también ha sido accidental. Un ejemplo de cierre (como un ejercicio autopoietico) y apertura o a la inversa, lo es, el sistema jurídico chino.

En este sentido, la primera parte de este libro pretende describir el proceso de apertura de China al multilateralismo comercial de la OMC, sus antecedentes, ajustes, compromisos y perspectivas comerciales como país en desarrollo y con un sistema jurídico que pasó por diversas etapas de transformación.

Las negociaciones de China para su adhesión a este organismo se concluyeron el 17 de septiembre de 2001, con una duración de casi 15 años tanto en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) como en el marco de la OMC.³

En las negociaciones China asumió compromisos importantes de apertura y liberalización de su régimen económico, con más reformas jurídicas en todos los sectores de su comercio y economía, con la finalidad de integrarse mejor en la economía mundial y con ello ofrecer al comercio internacional y a las inversiones extranjeras un entorno más previsible, acorde a las normas del SMC.

En los siguientes párrafos, se presenta una reseña con los datos y compromisos más importantes que llevaron a China a obtener el reconocimiento de miembro de la OMC, lo que permitirá comprender mejor el origen y consecuencias de sus conflictos comerciales en el marco del SMC. Su proceso de adhesión, se presenta en dos partes, la primera, en el marco del GATT y la segunda en el marco de la OMC. En el desarrollo de esta primera parte del libro, las siguientes fechas son importantes:

³ OMC. *Concluyen con éxito en la OMC las negociaciones para la adhesión de China*. Comunicados de prensa 2001. PRESS/243, del 17 de septiembre de 2001. https://www.wto.org/spanish/news_s/pres01_s/pr243_s.htm.

TABLA 1
FECHAS IMPORTANTES DURANTE EL PROCESO DE ADHESIÓN DE CHINA

Año	Acontecimiento
10/07/1986	China notifica al GATT su deseo de recuperación de su Estatuto
07/12/1995	China notifica su deseo de ser miembro de la OMC
17/09/2001	Conclusión de negociaciones de adhesión a la OMC
11/12/2001	China ya es miembro de la OMC

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: OMC. *Cronología del proceso de adhesión de China*, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

China fue uno de los 23 signatarios originales del GATT en 1948, pero tras la Revolución de 1949 el gobierno de Taiwán anunció que China abandonaba el GATT. Aunque el gobierno de Beijing nunca reconoció esa decisión. En relación a la conversión de China al socialismo Alan Woods, comenta que:

La revolución china fue un gran paso de gigante [...] el pueblo chino en 1949 por primera vez consiguió la plena emancipación del yugo extranjero. La revolución fue un golpe para el imperialismo a escala mundial [...] En sí mismo este acontecimiento fue una razón suficiente para dar la bienvenida y apoyo a la revolución china.⁴

Woods en 2009 consideró que era necesaria esta Revolución para que China experimentara el progreso ya que sin la economía nacionalizada planificada (como base) China hoy no sería la misma:

Sin la revolución china de 1949, China no habría sido capaz de conseguir el enorme progreso que ha experimentado [...] prueba del potencial de una economía nacionalizada planificada. Pero los argumentos sobre la supuesta superioridad de la “economía de mercado” quedaron como algo totalmente vacío a la luz de la experiencia de la crisis económica actual, la crisis más profunda del capitalismo mundial desde 1929.⁵

⁴ Cfr. Woods, Alan. *La revolución china de 1949*. Centro de Estudios Socialistas. Creado por CENTROMARX, el 05 de abril de 2011, párr. 97. <https://centromarx.org/index.php/documentos/historia/china/102-la-revolucion-china-de-1949>.

⁵ *Ibidem*, párr. 101.

Sesenta años después del derrocamiento del capitalismo y el latifundismo en China, este país retomó un camino de regreso al capitalismo, comenzando con diversas medidas para estimular el crecimiento económico dentro de la economía planificada con métodos capitalistas o de economía de mercado (sistema híbrido). También podría verse como un proceso de restauración del capitalismo.

La etapa de pre-reformas abarca el periodo desde el triunfo de la Revolución China en el año 1948-49, hasta el año 1978. Es un periodo en el que se establecieron reformas por la implementación del nuevo régimen marxista-leninista y que sirvió de fundamento y ensayo para las consecutivas reformas que hasta el día de hoy están en continuo. También, se puede hablar de una etapa de pre-reformas preparatoria a su reingreso al GATT.

Una de las reformas más importantes a finales del decenio de 1970, fue la que se llevó a cabo con las empresas de propiedad estatal de China (EPE) que se realizaron gradualmente por su omnipresencia en amplios segmentos de la economía y por las funciones sociales que desempeñaban, y que fueron difíciles de sustituir. Con todo, a finales del decenio de 1990, las reformas permitieron reducir el número de EPE casi en la mitad y mejoraron la rentabilidad de las que aún permanecían.⁶

China comenzó en 1978 su transición gradual de una economía planificada a una economía basada más en el mercado y orientada hacia el exterior. Llevó a cabo una política de “puertas abiertas” con reformas económicas, dando lugar a la aparición de un sector privado paralelo al sector público. Las reformas abrieron poco a poco la economía al comercio internacional y a la entrada de la inversión extranjera directa (IED).⁷

A mediados del decenio de 1980, las reformas se ampliaron en especial al sector manufacturero y comprendieron, entre otras medidas, el establecimiento de zonas económicas especiales (ZEE) con el objetivo de atraer IED, orientadas a la elaboración para la exportación.⁸

La adopción del sistema de planificación central (fusión Partido Comunista Chino y Gobierno) conllevó varios reajustes económicos, con políticas económicas de avance y retroceso. Los resultados fueron positivos, sin embargo, la política de ensayo y error, graduales y moderadas de ajuste y reajuste, cobró vidas, exilio, escasez, hambruna, millones de despidos por empresas

⁶ OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. República Popular China*, párr. 17. Doc. WT/TPR/S/161, del 28 de febrero de 2006. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/tp262_s.htm.

⁷ *Ibidem*. párr. 1 y pág. 5.

⁸ *Ibidem*, pág. 5.

industriales de propiedad estatal, etc. En esta etapa no ocurre un cambio sustancial en las relaciones de producción como lo afirma Peña González.⁹ Este proceso de grandes transformaciones sugirió la implementación de políticas de corte capitalista con una apertura gradual de China al mercado y su consiguiente liberalización económica con múltiples complejidades.

I. PROCESO DE ADHESIÓN EN EL MARCO DEL GATT

Tras esta serie de reformas (1948-1986) y en un contexto de constantes cambios políticos, económicos, jurídicos, etc. China notificó al GATT el 10 de julio de 1986 que adoptaría las medidas necesarias para reanudar su condición de parte contratante y declaró que había adoptado: “una política nacional básica de apertura al mundo exterior y de revitalización de la economía interna, política que seguirá aplicándose en los años venideros.”¹⁰

China afirmó que su proceso de reforma económica contribuirá a la expansión de las relaciones económicas y comerciales con las partes contratantes. Esperaba recibir un trato de economía en desarrollo. Proporcionaría toda la información sobre su sistema económico y su régimen de comercio exterior.¹¹

El 4 de marzo de 1987 se llevó a cabo una reunión para que el representante de China expresara sus argumentos de recuperación de su estatuto. En la reunión se resaltó la importancia que tenía para su país la política que habían adoptado en 1979 de reforma y apertura, facilitando enormemente sus relaciones económicas y comerciales con otros países.

China en 1986 ya había promulgado otra serie de nuevas leyes y reglamentos que a su parecer mejoraron aún más el marco para las inversiones y los intercambios exteriores.¹²

⁹ Peña González, María Alejandra. *China: el camino hacia la restauración capitalista*. III. Simposio Electrónico Internacional sobre Política China. Del 1 al 21 de marzo de 2013. ASIARED. Barcelona. 01 de febrero de 2013. <http://www.asiared.com/es/downloads2/maria-alejandra-pena.pdf>.

¹⁰ Casi 37 años más tarde del abandono de su estatuto en el GATT. OMC. *La condición de china como parte contratante. Comunicación de la República Popular de China*, párr. 2. Doc. L/6017, del 14 de julio de 1986. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6017.PDF>

¹¹ *Idem*.

¹² GATT. *Acta de Reunión celebrada en el Centro William Rappard el 4 de marzo de 1987*, pp. 9-13. Doc. C/M/207, del 30 de marzo de 1987. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/C/M207.PDF>, participaron países como: Hong Kong, Indonesia, Turquía, Uruguay, Pakistán, EUA, Brasil, India, Yugoslavia, Cuba, Nicaragua, Australia, CE, Canadá, Colombia, Jamaica, Rumania, México, Hungría, Japón, Suecia, Singapur, etc.

Al respecto, Paolo Davide Farah, expresa que, aunque China había declarado ya en 1979 su intención de construir un sistema legal basado en el Estado de Derecho, gradualmente ha ido quedando claro que el entendimiento chino del Estado de Derecho no reflejaría completamente el concepto occidental.¹³

El 19 de junio de 1987, formalmente se mandató la composición del Grupo Especial (GE) en el que se invitaron a todos los países interesados a formar parte del futuro Grupo de Trabajo (GT) para que se examinara su régimen de comercio exterior (centrado en mercancías) y elaborará un Proyecto de Protocolo que estipulara los respectivos derechos y obligaciones de China, que a la vez serviría de foro para la negociación.¹⁴

El 25 de febrero de 1988, se integró formalmente el GT en el marco del GATT (GT-GATT) para que China recuperara su estatuto como parte contratante del GATT bajo la presidencia del Sr. Pierre-Louis Girard, con 33 partes contratantes.¹⁵ Este grupo se fue incrementando hasta llegar a 44 partes. El 26 de abril de 1988 inició su conformación con 35¹⁶ países, el 18 de abril de 1989 con 36¹⁷ partes, el 20 de septiembre de 1990 con 37¹⁸

¹³ Cfr. Davide Farah, Paolo. “La perspectiva china del derecho internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Sección FORO, Vol. 70/1, enero-junio 2018, Madrid, pp. 228. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/content_type:4/china/WW/vid/706444805.

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

¹⁵ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev. 1, del 25 de febrero de 1988. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R1.PDF>, los países participantes fueron: Australia, Austria, Brasil, Canadá, Colombia, CE y sus Estados miembros, Corea, Chile, Checoslovaquia, EUA, Filipinas, Finlandia, Hong Kong, Hungría, India, Israel, Jamaica, Japón, Kuwait, Malasia, México, Nueva Zelanda, Noruega, Pakistán, Perú, Polonia, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Yugoslavia.

¹⁶ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.2, del 26 de abril de 1988. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R2.PDF>, se integraron: Argentina y Rumania.

¹⁷ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.3, del 18 de abril de 1989. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R3.PDF> Se integró Cuba.

¹⁸ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.4, del 20 de septiembre de 1990. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R4.PDF>, se integró, Zimbabwe.

Partes, el 25 de septiembre de 1990 con 38,¹⁹ el 13 de febrero de 1992 con 41²⁰ y finalmente el 16 de marzo de 1994 con 44²¹ partes.

Cabe señalar que en esa época China a pesar de todas las reformas estructurales emprendidas, hubo algo que no hizo:

[...] no supuso el fin del liderazgo del PCCH, ni la adopción de una forma exclusiva de propiedad, ni el abandono total del sistema de planificación central, ni mucho menos, la adopción de un régimen político democrático. Todos estos cambios propiciaron el gran milagro económico chino de los noventa. Sin embargo, algo faltaba para que China pudiera integrarse completamente al mercado internacional y esto era su ingreso a la Organización Mundial del Comercio [...] ²²

Esto que le faltaba a China era lo que en definitiva marcaría su apertura al SMC, por eso no se suspendió por ningún motivo su insistencia de ingreso a la OMC.

II. PROCESO DE ADHESIÓN EN EL MARCO DE LA OMC

En el contexto de los párrafos anteriores, el 7 de diciembre de 1995, el GT-GATT después de varios años, se transformó en un GT sobre la Adhesión a la OMC (GT-OMC) de conformidad con la decisión adoptada por el Consejo General el 31 de enero de 1995. Ya en el marco de la OMC en 1995 el GT-OMC amplió su ámbito para incluir el comercio de *servicios*, con nuevas normas sobre las medidas arancelarias y normas referentes a los derechos de propiedad intelectual (DPI).²³

¹⁹ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.5, del 25 de septiembre de 1990. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R5.PDF>, se integró, Indonesia.

²⁰ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.6, del 13 de febrero de 1992. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R6.PDF>, se integraron: Myanmar, Sri Lanka y Túnez.

²¹ GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.7 16, del 16 de marzo de 1994. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R7.PDF>, sale del grupo Yugoslavia y se integran: Bangladesh, Bolivia, República Eslovaca y Rumania. República Checa sustituye a Checoslovaquia.

²² Peña González, María Alejandra, citado en la nota 9.

²³ OMC. *Comunicación de China y Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China*. Doc. WT/ACC/CHN/1, del 7 de diciembre de 1995. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

El GT-OMC estuvo integrado por 44²⁴ partes contratantes bajo la presidencia del Excmo. Sr. Pierre-Louis Girard (Suiza) cuyo mandato consistió en examinar la solicitud de adhesión a la OMC, presentada por el Gobierno de China y hacer recomendaciones al Consejo General, entre las que figuraría un Proyecto de Protocolo de Adhesión, con sus respectivos anexos y listas de compromisos.²⁵

Del 22 de marzo de 1996 al 17 de septiembre de 2001 se llevaron a cabo diversas reuniones formales con el GT-OMC y después de estas fechas se llevaron a cabo otras reuniones de carácter informal. De 1987 al 2000 se realizaron diversas negociaciones multilaterales. Del año 2000 al 2001 se realizaron negociaciones bilaterales sobre el acceso a los mercados de mercancías y la lista de compromisos específicos en la esfera de los servicios.²⁶

El GT-OMC tuvo la responsabilidad de mantener y supervisar el desarrollo de las negociaciones y asegurarse de que se examinaran las políticas comerciales de China en todos sus aspectos. Tuvo principalmente dos labores que realizar: 1) compilar un informe basado en sus deliberaciones y 2) completar un Protocolo de Adhesión.²⁷

Durante todo el proceso de negociaciones sobre su adhesión se expresaron preocupaciones, inquietudes, observaciones, dudas, preguntas, solicitudes de información, etc., por parte de los integrantes del GT-OMC, mismas que quedaron registradas en el “Informe del Grupo de Trabajo sobre la adhesión de China” (Informe de Adhesión).²⁸ Las inquietudes y

²⁴ Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, CE y Estados miembros, Corea, Cuba, EUA, Filipinas, Finlandia, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Israel, Jamaica, Japón, Kuwait, Malasia, México, Myanmar, Noruega, Nueva Zelandia, Pakistán, Perú, Polonia República Checa, República Eslovaca, Rumania, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uruguay y Zimbabue.

²⁵ OMC. *Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China*. Doc. WT/ACC/CHN/2, del 2 de abril de 1996. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

²⁶ Ver el esquema: OMC. *Cronología del proceso de adhesión de China*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.

²⁷ Los anexos forman parte integrante de los protocolos, son vinculantes y abordan cuestiones específicas que plantea el régimen comercial del solicitante. Son elementos centrales de las negociaciones. Ofrecen a los miembros de la OMC garantías de que se llevarán a cabo realmente las reformas y se adoptarán las demás medidas transitorias prometidas por el solicitante. Cumplen la función de una especie de calendario negociado para poner el régimen comercial del solicitante en plena conformidad con las normas y obligaciones de la OMC.

²⁸ OMC. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la adhesión de China*, pp. 1-3. Doc. WT/ACC/CHN/49, del 1º de octubre de 2001. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm, en adelante “Informe de Adhesión”.

preocupaciones fueron razonables por el estado de reforma y características especiales de la economía china.

China proporcionó información y datos respecto de sus procesos de reformas, estadísticas, compromisos en el marco de otros acuerdos internacionales fruto de sus relaciones comerciales con otros países y contrajo compromisos que asumiría antes, al momento y después de la adhesión.

La adhesión de China trajo aparejada la adhesión al Acuerdo sobre la OMC (rectificado enmendado o modificado por los instrumentos jurídicos que entraron en vigor antes de la fecha de la adhesión de China). El Protocolo, comprende los compromisos del Informe del GT y forma parte integrante del Acuerdo sobre la OMC.²⁹

III. COMPROMISOS DE CHINA Y SU PROTOCOLO DE ADHESIÓN

Las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC y del Protocolo de Adhesión de la República Popular de China (Protocolo de Adhesión), se aplican en todo el territorio aduanero de China. Este país se comprometió a aplicar las obligaciones asumidas en el Protocolo de Adhesión y a administrar, todas las leyes, reglamentos y demás medidas de su Gobierno central, y local de forma uniforme, imparcial y razonable, con un mecanismo que permita a los particulares y las empresas someter a la atención de las autoridades nacionales los casos de aplicación no uniforme del régimen comercial.³⁰

Algunos compromisos se establecieron en programas de eliminación progresiva, en concordancia con el GATT de 1994, el Acuerdo de la OMC, el Proyecto de Protocolo de Adhesión (con sus respectivos anexos y listas) y demás Acuerdos del SMC ya existentes en la OMC.³¹

²⁹ OMC. *Protocolo de Adhesión de la República Popular de China*. Parte I. Disposiciones generales. párr. 1 y párr. 2. Doc. WT/L/432, del 23 de noviembre de 2001. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm, en adelante “Protocolo de Adhesión”.

³⁰ Las ZEE, incluyen las regiones comerciales fronterizas y las zonas de minorías autónomas, las ciudades costeras abiertas, las zonas de desarrollo económico y técnico y otras zonas donde se han establecido regímenes especiales de aranceles, impuestos y normas. Denominadas colectivamente zonas económicas especiales. Ver: *Protocolo de Adhesión*. Punto. A) Administración uniforme, párr. 1 al párr. 4.

³¹ Por ejemplo: Acuerdo sobre el acceso a los mercados de mercancías, Acuerdo sobre la Agricultura, Acuerdo sobre MSF, Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, Acuerdo sobre OTC, Acuerdo MIC, Acuerdo *Antidumping*, Acuerdo sobre SMC, Acuerdo sobre Salvaguardias, Acuerdo sobre los ADPIC, AGCS, entre otros.

Las respuestas, comentarios, concesiones y compromisos asumidos se realizaron en el marco de seis grandes temas de negociación: 1) políticas económicas, 2) marco de la elaboración y aplicación de las políticas, 3) políticas que afectaban al comercio de mercancías, 4) régimen comercial de la propiedad intelectual (PI), 5) políticas que afectaban al comercio de servicios y 6) otras cuestiones. Cada tema contenía varios subtemas de negociación-compromisos y en estos sub-rubros se establecieron las condiciones de la adhesión.

*I. Políticas económicas.*³² Este tema se aborda conforme a la siguiente figura:

FIGURA 1
POLÍTICAS ECONÓMICAS



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

1. No discriminación (con inclusión de trato nacional). Los miembros solicitaron que China contrajera los siguientes compromisos:

- Otorgar un trato no discriminatorio a todos los particulares, empresas extranjeras, empresas con financiación extranjera, con respecto

³² Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 15 al párr. 65 y *Protocolo de Adhesión*, punto 3. No discriminación incisos a) y b) y punto 9. Controles de precios, párr. 1 al párr. 3, citados en las notas 28 y 29.

a la compra de los insumos y bienes y servicios, necesarios para la producción de bienes, y a las condiciones de producción, comercialización o venta, en el mercado interno o para la exportación, de sus productos.

- Garantizar un trato no discriminatorio con respecto a los precios y la disponibilidad de bienes y servicios suministrados por autoridades nacionales o sub-nacionales y empresas públicas o estatales en esferas como: transporte, energía, telecomunicaciones básicas y otros servicios públicos y factores de producción, etc.
- No supeditar las prácticas relacionadas con la fijación de precios, la contratación de bienes y servicios, la distribución de licencias de importación y exportación u otras condiciones o restricciones a la nacionalidad de la entidad interesada.

China, indicó que todo compromiso en este asunto quedaría sujeto a otras disposiciones del Proyecto de Protocolo, sin perjuicio de los derechos de China en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y los compromisos contraídos en relación con las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio. Por lo tanto, China:

- Eliminaría las prácticas de fijación de precios dobles, así como las diferencias de trato entre los artículos producidos para su venta en China y los producidos para la exportación.
- Otorgaría un trato no discriminatorio a todos los miembros de la OMC, incluidos los territorios aduaneros distintos.
- Aseguraría que a la fecha de su adhesión todas las leyes, reglamentos y prescripciones administrativas respetarían plenamente el principio de no discriminación entre los productos nacionales y los productos importados.
- Derogarían o dejarían de aplicar todas las leyes, reglamentos y demás medidas vigentes cuyos efectos fueran incompatibles con las normas de la OMC en materia de trato nacional.
- Adoptaría medidas a nivel nacional y sub-nacional, con respecto a la derogación o modificación de legislación, para otorgar pleno trato nacional en el sentido del GATT en lo relativo a las leyes, reglamentos y demás medidas aplicables a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso en el mercado interno de: servicios posventa, productos farmacéuticos, cigarrillos, bebidas alcohólicas, productos químicos, calderas y recipientes a presión.

2. *Política monetaria y fiscal.* China manifestó que, mediante la reforma y la apertura llevadas a cabo en los dos últimos decenios, podía afirmar que:

- Ya contaba (con la reforma de 1994) con un sistema de gestión fiscal compatible con los principios de una economía de mercado. Así como con un sistema tributario cuyo principal elemento era el Impuesto sobre el Valor Agregado o Añadido (IVA).
- Había aplicado entre otras la medida de reducción del tipo de interés de los préstamos de las instituciones financieras.
- Había mejorado su sistema de reservas obligatorias con respecto a los depósitos y la reducción del coeficiente de liquidez, lo que había incrementado el aporte de base monetaria y animado a los bancos comerciales a aumentar su crédito.
- Aumentaría la eficiencia del gasto fiscal mediante la aplicación de medidas de reforma y la mejora de la gestión del gasto fiscal.
- El Banco Central continuaría con una política monetaria prudente, mantendría la estabilidad del RMB, (*renminbi*, moneda de curso legal en China). Promovería la liberalización de los tipos de interés y establecería un moderno sistema de banca comercial.

3. *Régimen cambiario y de pagos.* Como miembro del Fondo Monetario Internacional (FMI) su régimen cambiario había experimentado en los últimos tiempos cambios, con importantes iniciativas para reformar, racionalizar y liberalizar el mercado de divisas. Al respecto, China declaró que:

- Se adoptó un sistema bancario de cambios y se estableció un mercado interbancario de divisas unificado a nivel nacional. El 1º de diciembre de 1996, aceptó formalmente las obligaciones dimanantes del art. VIII del Convenio Constitutivo del FMI y suprimió las restricciones cambiarias con respecto a las transacciones por cuenta corriente. Desde entonces el RMB había sido plenamente convertible en cuenta corriente.
- El órgano administrativo facultado para regular las divisas era la Administración Estatal de Divisas (SAFE), dependiente del Banco Popular de China (PBOC). Sus principales funciones eran ejercer vigilancia y prestar asesoramiento sobre las cuestiones relacionadas con la balanza de pagos y las divisas.
- Los bancos nacionales y extranjeros y las instituciones financieras podían realizar actividades relacionadas con divisas si contaban con la aprobación del PBOC.

- Que desde la unificación de los tipos de cambio efectuada el 1° de enero de 1994 se había adoptado un régimen de tipo flotante de cambio único y controlado, basado en la oferta y la demanda. El PBOC publicaba los tipos de referencia del RMB con respecto al dólar de los EUA, el dólar de Hong Kong y el yen japonés, sobre la base del promedio ponderado de los precios de las transacciones de divisas realizadas en el mercado interbancario de divisas el día anterior.
- El 1° de abril de 1994 se estableció en Shanghai el Sistema de Comercio de Divisas de China y se abrieron sucursales en docenas de ciudades. El Sistema había adoptado un régimen de afiliación, cotización respectiva, concentración del comercio y liquidación en el mercado de divisas.
- Desde el 1° de julio de 1996 el comercio de divisas de las empresas con IE se realizaba por conducto del sistema bancario de cambios. Se otorgaba trato nacional a las empresas con IE en la administración cambiaria y éstas podían realizar pagos con cargo a sus cuentas en divisas o con divisas compradas a los bancos designados tras su liquidación, previa aprobación de la SAFE con arreglo a la legislación vigente.³³
- China cumpliría sus obligaciones con respecto a las cuestiones cambiarias, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC y declaraciones conexas y las decisiones de la OMC en relación con el FMI. Manifestó que facilitaría la información sobre las medidas cambiarias, y otras necesarias en el contexto del mecanismo de examen de transición.

4. *Medidas adoptadas por motivo de balanza de pagos.* Al respecto, China:

- Daría preferencia a la aplicación de medidas basadas en los precios, según lo establecido en el “Entendimiento relativo a las disposiciones en materia de balanza de pagos” (Entendimiento BP).
- Se comprometería a que las medidas adoptadas se mantendrían en estricta conformidad con el GATT de 1994 y el Entendimiento BP y no excederían de lo que fuera necesario para corregir la situación de balanza de pagos que las hubiera motivado.

³³ Ley de la República Popular China (RPC) sobre empresas conjuntas con inversión de capital chino y extranjero, Ley de la RPC sobre empresas conjuntas contractuales con capital chino y extranjero, Reglamento sobre el régimen cambiario de la RPC, y Reglamento sobre la compra y venta de divisas y los pagos en divisas.

- Sólo aplicaría las medidas adoptadas por motivos de balanza de pagos para controlar el nivel general de las importaciones y no para proteger a determinados sectores, industrias o productos, con ciertas salvedades.

5. *Régimen de inversiones.* Al respecto, China afirmó que:

- Desde que empezó a aplicarse la política de apertura en los últimos años del decenio de 1970, se habían llevado a cabo una serie de reformas en su régimen de inversiones. La muy centralizada administración de las inversiones en el marco de la economía planificada se había transformado progresivamente en un nuevo sistema de diversificación de los inversores, canalización múltiple de las fuentes de capital y diversificación de las modalidades de inversión.
- Fomentaba la IE en el mercado chino y había procedido a una incesante apertura y expansión del ámbito de las inversiones.
- Fomentaba también el desarrollo de una economía sin intervención estatal y estaba acelerando la apertura de esferas de inversión no estatal.
- Las actividades crediticias de los bancos comerciales con respecto a todo tipo de inversores se basarían en su propio proceso de evaluación y adopción de decisiones, y se realizarían asimismo por su propia cuenta y riesgo.
- Las actividades comerciales de los organismos de inversión intermediarios dependerían plenamente del mercado y esos organismos prestarían sus servicios siguiendo las instrucciones de los inversores. Sus relaciones administrativas con los organismos gubernamentales quedarían interrumpidas y las actividades de servicios financiadas por el Gobierno estarían también sujetas a las condiciones convenidas en los contratos correspondientes.
- Se habían promulgado directrices en materia de inversiones y su aplicación estarían en plena conformidad con el Acuerdo sobre la OMC.

6. *EPE y empresas con inversión estatal.* China declaró que:

- El Gobierno fomentaba la IE en el mercado chino y había emprendido una incesante apertura y expansión del ámbito de las

inversiones. Fomentó el desarrollo de una economía sin intervención estatal y estaba acelerando la apertura de esferas de inversión no estatal.

- Los proyectos de construcción de diversas empresas que utilizaban capital libre y se financiaban con su propio crédito dependerían plenamente de las decisiones adoptadas por la empresa de que se tratara por su propia cuenta y riesgo.
- Las actividades crediticias de los bancos comerciales con respecto a todo tipo de inversores se basarían en su propio proceso de evaluación y adopción de decisiones, y se realizarían asimismo por su propia cuenta y riesgo.
- Las actividades comerciales de los organismos de inversión intermediarios dependerían plenamente del mercado y esos organismos prestarían sus servicios siguiendo las instrucciones de los inversores.
- Las EPE operaban básicamente en conformidad con las normas de una economía de mercado. El Gobierno ya no administraría directamente los recursos humanos, financieros y materiales, ni se ocuparía de actividades operativas como las de producción, suministros y comercialización.
- Los precios de los productos básicos producidos por las EPE los decidía el mercado.
- Los bancos propiedad del Estado se habían comercializado y la concesión de préstamos a las EPE se realizaba exclusivamente en condiciones de mercado.
- Proseguía su reforma de las EPE y estaba estableciendo un sistema empresarial moderno, esto se dijo en 2011.
- Dada la creciente necesidad y conveniencia de competir con empresas privadas en el mercado, las decisiones de las EPE y de las empresas con inversión estatal tenían que basarse en consideraciones comerciales, según lo dispuesto en el Acuerdo sobre la OMC.
- Se aseguraría de que todas las EPE o con inversión estatal hicieran sus compras y ventas basándose exclusivamente en consideraciones comerciales.

7. Políticas en materia de fijación de precios. Observaciones:

- China utilizaba ampliamente los controles de precios en especial en el sector agropecuario. Se le solicitó compromisos específicos

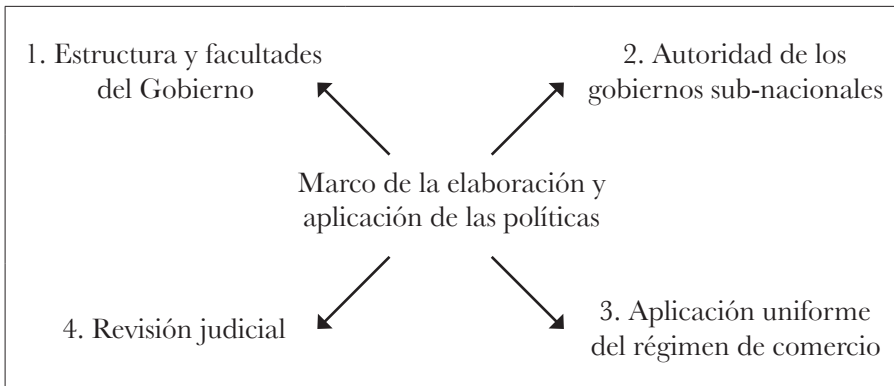
con respecto a su sistema de fijación estatal de precios³⁴ determinados por las fuerzas del mercado, con la eliminación de las prácticas de fijación de múltiples niveles de precios para bienes y servicios.

- Los controles de precios sólo debían adoptarse en circunstancias extraordinarias y debían suprimirse tan pronto como se corrigieran las circunstancias que hubieran justificado su adopción.
- Debería publicar en el Diario Oficial la lista de bienes y servicios sujetos a fijación estatal de precios y las modificaciones que en ella pudieran introducirse.

8. *Política de competencia.* China contaba con una la Ley Básica para Mantener el Orden de la Competencia en el Mercado, la Ley de la RPC de Represión de la Competencia Desleal y otras como la Ley de Precios, la Ley de Licitaciones, la Ley de Sanciones Penales y otras leyes pertinentes que contenían disposiciones contrarias a los monopolios y la competencia desleal. En esa época China estaba elaborando la Ley Antimonopolio.

II. Marco de la elaboración y aplicación de las políticas³⁵

FIGURA 2
MARCO DE LA ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

³⁴ China declaró tener tres tipos de precios: 1. Precio estatal, 2. Precio de orientación estatal (esta era el más flexible) y 3. Precio regulado por el mercado.

³⁵ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 66 al párr. 79 y *Protocolo de Adhesión*, punto, D) Revisión judicial, párr. 1 y párr. 2, citados en las notas 28 y 29.

1. *Estructura y facultades del gobierno.* Respecto al Poder legislativo, de conformidad con la Constitución de China y la Ley sobre la Legislación de la RPC, el órgano supremo de poder estatal era el “Congreso Nacional del Pueblo” (CNP) y su órgano permanente era el “Comité Permanente”. Ambos ejercían el poder legislativo del Estado con facultades para promulgar la Constitución y las leyes, para anular los reglamentos administrativos que estuvieran en contradicción con la Constitución y las leyes, así como los reglamentos locales que estuvieran en contradicción con la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos.

Respecto al Poder ejecutivo, el Consejo de Estado es decir el “Gobierno Popular Central de China”, era el organismo ejecutivo del órgano supremo de poder estatal. Tenía facultades para dictar reglamentos administrativos. Los ministerios, comisiones y demás departamentos competentes (departamentos) del Consejo de Estado podían dictar normas departamentales dentro de la jurisdicción de sus respectivos departamentos y de conformidad con las leyes y reglamentos administrativos.

El Consejo de Estado tenía potestad para anular las normas departamentales y las normas gubernamentales locales que fueran incompatibles con la Constitución, las leyes o los reglamentos administrativos. Esas características del sistema legislativo chino asegurarían un cumplimiento efectivo y uniforme de las obligaciones tras la adhesión de China.

Los congresos provinciales del pueblo y sus comités permanentes podían adoptar reglamentos locales. Los gobiernos provinciales tenían facultades para establecer normas gubernamentales locales.

China había cumplido siempre de buena fe las obligaciones contraídas en el marco de tratados internacionales. De conformidad con la Constitución y la Ley sobre los Procedimientos de Concertación de Tratados, el Acuerdo sobre la OMC formaba parte de la categoría de “acuerdos internacionales importantes” sujetos a la ratificación del Comité Permanente del CNP. En este contexto, China:

- Continuaría con el plan de revisión sistemática de las leyes nacionales y reglamentos vigentes.
- En el momento oportuno promulgaría reglamentos administrativos, normas departamentales y otras medidas del Gobierno central en plena conformidad con el Acuerdo sobre la OMC y el Protocolo de Adhesión, con miras al pleno cumplimiento los compromisos contraídos en los plazos correspondientes, a la par del cumplimiento efectivo y uniforme de sus obligaciones internacionales.

- Confirmó que procedería a la modificación o anulación de los reglamentos administrativos o normas departamentales que no estuvieran en conformidad con sus obligaciones en virtud del Acuerdo sobre la OMC y el Proyecto de Protocolo.

2. *Autoridad de los gobiernos subnacionales.* Las Partes Contratantes, expresaron las siguientes preocupaciones, respecto de sí:

- la autoridad de los gobiernos subnacionales en las esferas fiscal, financiera y presupuestaria, reducía la *seguridad y previsibilidad* del acceso al mercado chino, específicamente en materia de subvenciones, impuestos, política comercial y otras cuestiones abarcadas por el Acuerdo sobre la OMC y el Proyecto de Protocolo;
- el Gobierno central podría efectivamente asegurarse de que las medidas relacionadas con el comercio, adoptadas a nivel sub-nacional, estuvieran en conformidad con los compromisos contraídos por China.

Por lo anterior, China confirmó que anularía a su debido tiempo los reglamentos locales, normas gubernamentales y demás medidas locales que fueran incompatibles con las obligaciones contraídas y aseguraría que la normatividad incluidas las adoptadas por los gobiernos locales a nivel sub-nacional, estuvieran en conformidad con las obligaciones contraídas.

3. *Aplicación uniforme del régimen de comercio.* En este rubro, China confirmó que:

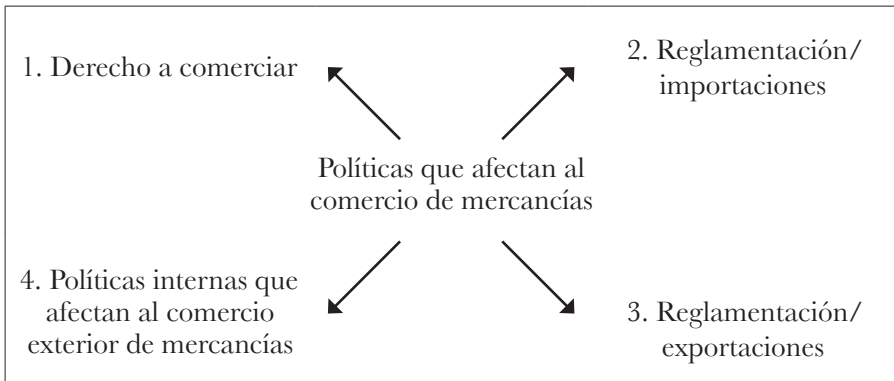
- Los compromisos contraídos en el proceso de adhesión, se cumplirían en todo el territorio aduanero de China -con inclusión de regiones de comercio fronterizo, zonas de minorías autónomas, ZEE, ciudades costeras abiertas, zonas de desarrollo económico y técnico, y demás ZEE- y en todos los niveles de gobierno.
- Se establecería un mecanismo por el que toda persona interesada diera conocimiento al organismo gubernamental competente con atención al Gobierno Central de los casos de aplicación no uniforme del régimen de comercio y recibir pronta y efectiva respuesta para corregir dichas situaciones. La persona o entidad que hubiera hecho la notificación a las autoridades de China sería informada con prontitud, por escrito, de toda decisión o medida adoptada.

4. *Revisión judicial.* Se recomendó a China:

- Designar tribunales imparciales e independientes de los organismos encargados de la aplicación administrativa de las medidas.
- Establecer centros de información y procedimientos de revisión de todas las medidas administrativas relacionadas con la aplicación de las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general en el marco del GATT y de la OMC.
- Prever la posibilidad de que los particulares o las empresas afectados por actos administrativos sujetos a revisión apelen de manera inicial ante un órgano administrativo, con la oportunidad de optar por apelar de nuevo ante un órgano judicial.

III. *Políticas que afectan al comercio de mercancías*

FIGURA 3
POLÍTICAS QUE AFECTAN AL COMERCIO DE MERCANCÍAS



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

1. *Derecho a comerciar.*³⁶ Aspectos generales. China estaba liberalizando la disponibilidad del derecho a importar y exportar mercancías, pero a la fecha del Informe de Adhesión sólo disponían de esos derechos 35.000 empresas chinas. Las empresas con IE tenían derecho a participar en el comercio, pero se

³⁶ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 80 al párr. 86 y *Protocolo de Adhesión*, punto. 5. Derecho a tener actividades comerciales, párr. 1 y párr. 2, citados en las notas 28 y 29.

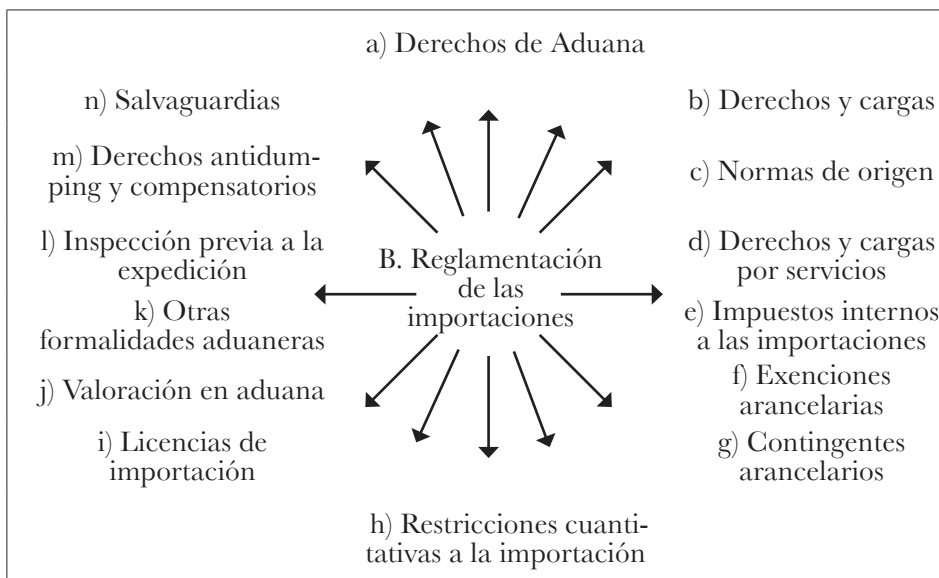
limitaba a la importación a efectos de producción y exportación. Dichas restricciones eran incompatibles con las prescripciones de la OMC y del GATT de 1994. China se comprometió a:

- Liberalizar progresivamente el ámbito y la disponibilidad del derecho a comerciar y en los tres años posteriores a la adhesión todas las empresas ya tendrían el derecho a importar y exportar todas las mercancías con pocas excepciones (importación y exportación reservada a las Entidades Comerciales del Estado (ECE) o que fueran contrarias al Proyecto de Protocolo) en todo el territorio aduanero de China.
- Otorgar a las empresas y personas extranjeras, incluso las que no tienen inversiones ni están registradas como empresas en China, un trato no menos favorable que el otorgado a las empresas de China.
- Salvo disposición en contrario, se concederá a todos los particulares y empresas extranjeras, incluidos los que no hayan recibido inversiones o no estén registrados en China, un trato no menos favorable que el concedido a las empresas en China en lo que respecta al derecho a tener actividades comerciales.

Comercio por empresas designadas. Durante el período de transición China adaptaría y ampliaría anualmente su lista de empresas incluidas en el régimen de comercio por empresas designadas. Entre los criterios que deberían cumplir, figuraban: el capital social, volumen de exportación e importación y volumen de importación de productos sujetos al comercio por empresas designadas en el año anterior; clasificación crediticia de los bancos; y ganancias y pérdidas.

2. Reglamentación de las importaciones³⁷

FIGURA 4
REGLAMENTACIÓN DE LAS IMPORTACIONES



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

a) *Derechos de aduana propiamente dichos.* China declaró que:

- El Arancel de Aduanas de Importación y Exportación de China, imponía cargas a los productos importados, con la finalidad de: 1) regular las importaciones con objeto de fomentar y proteger la producción nacional y 2) servir de importante fuente de ingresos al Tesoro del Gobierno Central.
- Su política arancelaria estaba orientada a promover el proceso de reforma y la apertura de la economía, por lo tanto, decidió consolidar los aranceles aplicados a todos los productos en su Lista de concesiones en materia de acceso a los mercados de mercancías.

³⁷ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 87 al párr. 154 y *Protocolo de Adhesión*, punto 15. Comparabilidad de los precios para determinar las subvenciones y el *dumping* y punto 16. Mecanismo de salvaguardia de transición para productos específicos, párr. 1 al párr. 8, citados en las notas 28 y 29.

Esta medida aumentaría la certidumbre y previsibilidad de su régimen comercial.

- En los últimos años había introducido reducciones sustanciales arancelarias unilaterales en muchos sectores.
- Los principios básicos que regían el establecimiento de los derechos de aduana, consistían en la: 1) aplicación de derechos bajos o nulos a las mercancías importadas que se necesitaban para la economía nacional y para la subsistencia de la población, porque no se podían producir o que se escaseaban en el país y 2) aplicación de derechos inferiores de importación a las materias primas respecto a los aplicados a los productos semi-manufacturados o manufacturados.
- Había adoptado en 1992 la nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (SA) adherido al Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.
- Tenía dos tipos de derechos de importación: tipos generales y tipos preferenciales. Los tipos preferenciales, se aplicaban a las importaciones originarias de países y regiones con los que China ha concertado acuerdos arancelarios de reciprocidad, y los tipos generales a las importaciones de las demás procedencias.
- En el momento de la adhesión participaría en el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI), y eliminaría los aranceles sobre todos los productos de tecnología de la información.
- Emprendió negociaciones bilaterales de acceso a los mercados de mercancías con miembros del GT sobre su Adhesión.

b) Los demás derechos y cargas. China confirmó que su país había convenido en consolidar a nivel cero los demás derechos y cargas en su Lista de concesiones y compromisos.

c) Normas de origen. China declaró que:

- Los criterios para adoptar una determinación sobre la existencia de una transformación sustancial eran: 1) la necesidad de cambiar la clasificación arancelaria al nivel de 4 dígitos en el Arancel de Aduanas; o 2) que el componente de valor añadido fuera igual o superior al 30% del valor total de un producto nuevo.
- Cuando un producto importado se procesaba y manufacturaba en varios países, el país de origen del producto se consideraba el país

en que se había llevado a cabo la última transformación sustancial del mismo.

- Las normas de origen chinas para la importación y la exportación eran no preferenciales, pero cuando se concluyera la armonización internacional de las normas de origen no preferenciales, China las adoptaría y aplicaría plenamente.
- No utilizaría las normas de origen como instrumento para perseguir directa o indirectamente objetivos comerciales. Aplicaría las normas de origen por igual a todos los fines.
- Garantizaría que sus leyes, reglamentos y demás medidas relacionadas con las normas de origen cumplirían plenamente el Acuerdo sobre Normas de Origen de la OMC.

d) Derechos y cargas por servicios prestados. China asumió el compromiso de garantizar la conformidad de los derechos y cargas aduaneros con el art. VIII del GATT de 1994.³⁸

e) Impuestos internos aplicados a las importaciones. Las partes contratantes observaron que determinados impuestos internos aplicados a las importaciones, como el IVA no se administraban de conformidad con las prescripciones del GATT de 1994. China permitía la aplicación de impuestos y cargas internos discriminatorios a las mercancías y servicios importados, por las autoridades sub nacionales. China declaró que:

- Se percibían tres tipos principales de impuestos sobre productos y servicios: 1) el IVA, que gravaba las mercancías y los servicios en las etapas de transformación, mantenimiento y ensamblado, 2) el impuesto sobre el consumo, aplicado a un grupo seleccionado de productos destinados al consumidor y 3) el impuesto sobre las actividades comerciales, por el suministro de servicios, la transferencia de activos intangibles y la venta de bienes raíces.
- Las entidades que importaban mercancías estaban sujetas tanto al IVA como al Impuesto Sobre el Consumo. La Administración General de Aduanas de la República Popular de China (AGA) percibía dichos impuestos en el punto de entrada. El IVA se reembolsaba

³⁸ El contenido de esta disposición se puede consultar en: GATT: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm#art16.

una vez que se exportaban las mercancías. Las mercancías exportadas están exentas del Impuesto Sobre el Consumo.

- A partir de la fecha de adhesión garantizaría que sus leyes, reglamentos y demás medidas relativas a los impuestos y cargas internos aplicados a las importaciones estarían en plena conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC y prescripciones del GATT de 1994 y que aplicaría esas leyes, reglamentos y demás medidas en plena conformidad con esas obligaciones.

f) *Exenciones arancelarias.* China declaró que:

- Su política de exenciones arancelarias se elaboraba y aplicaba de conformidad con la Ley de Aduanas de la RPC (LA) y el Reglamento de la RPC sobre derechos de importación y exportación.
- El Consejo de Estado establecía la cobertura de las reducciones o exenciones arancelarias específicas. Todas las reducciones o exenciones arancelarias se aplicaban sobre la base del principio Nación Más Favorecida (NMF).
- Tenía disponibilidad en la aplicación de reducciones y exenciones arancelarias a diversos tipos de empresas y otras entidades, entre ellas las ECE, las empresas estatales, las empresas con IE y las entidades sin fines de lucro.
- Confirmó que, al momento de la adhesión, adoptaría y aplicaría las reducciones y exenciones arancelarias necesarias para garantizar el trato NMF a las mercancías importadas.

g) *Contingentes arancelarios.* Se pidió que China contrajera el compromiso de administrar los contingentes arancelarios de manera simple, transparente, oportuna, previsible, uniforme, no discriminatoria y no restrictiva del comercio, de modo que no causara distorsiones del comercio con un proceso de asignación de los contingentes basados en el mercado. China declaró que:

- Estaba intentando simplificar el régimen y los procedimientos de administración de los contingentes en un esfuerzo por facilitar su uso, mejorar su eficacia y aplicar nuevas reformas.
- Se comprometía a eliminar, en el momento de su adhesión, los contingentes aplicados a varios productos y a someterlos únicamente al arancel.

- Garantizaría que los contingentes se administraran de forma transparente, previsible, uniforme, equitativa y no discriminatoria, utilizando plazos, procedimientos administrativos y prescripciones claramente especificados que ofrecieran oportunidades reales de importar. Que reflejaría las preferencias de los consumidores y la demanda del usuario final y que no inhibiría la utilización de cada contingente.
- Administraría una política nacional de asignación (y reasignación) coherente de los contingentes arancelarios.
- No establecería un proceso independiente de asignación por las autoridades sub nacionales y que las decisiones relativas a todas las asignaciones y reasignaciones a los usuarios finales serían adoptadas por una autoridad central única.

h) Restricciones cuantitativas a la importación, con inclusión de las prohibiciones y los contingentes. China señaló que:

- Estaba prohibida o restringida la importación de determinados productos, entre ellos: armas, municiones y explosivos, estupefacientes, venenos y material obsceno, y productos alimenticios, medicinas, animales y plantas incompatibles con las normas técnicas chinas relativas a los alimentos, los productos médicos, los animales y las plantas.
- Existía un gran número de medidas no arancelarias en China, tanto a nivel nacional como sub nacional, que aparentemente tenían un efecto de restricción o de distorsión del comercio. China confirmó que no introducirá, reintroducirá ni aplicará medidas no arancelarias, con las excepciones del Proyecto de Protocolo.
- Sólo el Gobierno central podía publicar reglamentos sobre medidas no arancelarias y que estas medidas serían aplicadas o puestas en práctica únicamente por el Gobierno central o por autoridades sub nacionales facultadas por éste. Además, afirmó que las autoridades sub nacionales no tenían derecho a establecer medidas no arancelarias.

Se le solicitó a China un sistema transparente y simplificado que asignara los contingentes y las licencias a través de un proceso de aprobación simple y consolidado, que garantizara la plena utilización del contingente y su distribución equitativa entre los importadores.

i) *Licencias de importación*. China declaró que:

- En 1984, el Consejo de Estado promulgó el “Reglamento provisional para la expedición de licencias de importación de productos” y la Oficina Administrativa de Contingentes y Licencias del Ministerio de Comercio Exterior y Cooperación Económica (MOFTEC) y la AGA dictaron las “Normas detalladas de aplicación del Reglamento provisional para la expedición de licencias de importación de productos”. La MOFTEC decidía qué productos precisaban licencia de importación, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Ley de Comercio Exterior de la República Popular de China (LCE).
- En 1993 aplicaba restricciones a la importación de 53 categorías de productos. Para 1999, su número se había reducido a 35. En 1999, la MOFTEC determinó 13 categorías de productos importados por empresas extranjeras.
- En cuanto a la concesión y administración de licencias de importación, las empresas podían solicitarlas a la MOFTEC, o a las Oficinas Comisionadas Especiales en 16 provincias o a las Comisiones de Comercio y Relaciones Económicas Exteriores de diversas provincias, de las regiones autónomas y de municipios dependientes directamente del Gobierno central, así como de aquéllos con presupuesto independiente. Los organismos de expedición de licencias autorizados por la MOFTEC podían expedir licencias de importación sobre la base de la documentación de importación presentada por los solicitantes autorizados por los departamentos competentes. Las licencias no podían comprarse, venderse o transferirse y tenían una validez de un año civil y podían ser prorrogadas una vez, por un máximo de tres meses.
- Pondría su sistema de licencias automáticas en conformidad con el art. 2º del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación en el momento de la adhesión.
- Que no establecería un sistema especial de aprobación de las licencias de importación de las mercancías sujetas a un régimen de asignación de contingentes, sino que otorgaría todas las licencias de importación necesarias en el marco del procedimiento de asignación del contingente.

j) *Valoración en aduana*. Se expresó preocupación en cuanto a los métodos utilizados para determinar el valor en aduana de los productos, en particular

en relación con la práctica de utilizar precios mínimos o precios de referencia para determinadas mercancías, esto se consideró incompatible con el Acuerdo sobre Valoración en Aduana. China declaró que:

- Había dejado de utilizar este método y no volvería a introducir precios mínimos o de referencia como medio para determinar el valor en aduana.
- Se comprometía a aplicar plenamente el Acuerdo sobre Valoración en Aduana, así como las disposiciones de la Decisión sobre el trato de los intereses en la valoración en aduana de las mercancías importadas y de la Decisión relativa a la valoración de los soportes informáticos con *software* para equipos de proceso de datos tan pronto como fuera posible.

k) Otras formalidades aduaneras. A la fecha del informe del GT-OMC las autoridades aduaneras de China sólo habían establecido formalidades aduaneras, tales como la declaración, el examen, el cobro de derechos y el despacho, compatibles con las prácticas internacionales.

l) Inspección previa a la expedición. China declaró que:

- Participaban en la inspección previa a la expedición organismos de inspección del comercio y los intercambios comerciales. Se comprometía a regularlos, permitiendo que los organismos cualificados participaran en la inspección (con inclusión de entidades privadas) de acuerdo con el mandato del Gobierno o los términos y condiciones de los contratos comerciales.
- Garantizaría que toda ley o reglamento relativo a la inspección previa a la expedición, fuera compatible con los correspondientes Acuerdos de la OMC, en particular el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición y el Acuerdo sobre Valoración en Aduana.

m) Derechos antidumping y compensatorios. Las investigaciones que China llevaba a cabo eran incompatibles con el Acuerdo *Antidumping* ya que, en algunos casos, no se comunicaba a las partes interesadas la base para calcular los márgenes de *dumping* en las determinaciones preliminares afirmativas. La determinación de la existencia de daño y de relación causal no se basaba en un examen objetivo de pruebas suficientes, por lo tanto, se consideró necesario garantizar la compatibilidad sustantiva con la OMC.

China se comprometió a revisar sus reglamentos y procedimientos, con el fin de cumplir plenamente las obligaciones en la materia en virtud de los Acuerdos *Antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).

n) *Salvaguardias*. China declaró que, en el momento de la adhesión, aplicaría su Reglamento de Salvaguardias, regularía las futuras medidas en la materia, para hacerlo compatible con el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

3. *Reglamentación de las exportaciones*:³⁹

a) *Aranceles aduaneros, derechos y cargas por servicios prestados, impuestos aplicados a las exportaciones*. China señaló que la mayoría de los productos estaban libres de derechos de exportación. El valor imponible de las mercancías exportadas era el precio FOB.⁴⁰ (*Free On Board*) de las mercancías.

b) *Licencias de exportación y restricciones a la exportación*. China declaró que:

- Aplicaba un régimen de licencias de exportación a determinados productos agropecuarios, productos de recursos naturales y productos químicos, este régimen se administra de conformidad con el “Procedimiento provisional para el régimen de licencias de exportación”.
- Las licencias de exportación de esos productos eran expedidas en función de los límites estipulados para cada producto, respectivamente, por la Oficina Administrativa de Contingentes y Licencias, las Oficinas Comisionadas Especiales en 16 provincias y las Comisiones de Comercio y Relaciones Económicas Exteriores de diversas provincias, regiones autónomas, municipios dependientes directamente del Gobierno central, así como aquéllos con presupuesto independiente. Los principales criterios para identificar los productos sujetos a licencias de exportación eran las disposiciones

³⁹ Cfi. *Informe de Adhesión*, párr. 155 al párr. 168 y *Protocolo de Adhesión*, punto 10. Subvenciones, párr. 1 al párr. 3 y punto 11. Impuestos y cargas a la importación y exportación, párr. 1 al párr. 4, citados en las notas 28 y 29.

⁴⁰ Significa: Libre a bordo, puerto de carga convenido. Es un *Incoterm* (cláusula de comercio internacional) que se utiliza para operaciones de compraventa en las que el transporte de la mercancía se realiza por barco, ya sea marítimo o fluvial.

pertinentes de la LCE. Se usaban las licencias de exportación con fines estadísticos.

- Cumpliría las normas de la OMC con respecto a las licencias de exportación no automáticas y las restricciones a la exportación. También se pondría la LCE en conformidad con las prescripciones del GATT.
- Prohibía la exportación de estupefacientes y venenos, de material que contuvieran secretos de Estado y de la fauna y flora valiosa y rara.
- En el momento de la adhesión, las restantes restricciones no automáticas a las exportaciones se notificarían anualmente a la OMC y se eliminarían a menos que pudieran justificarse en virtud del Acuerdo sobre la OMC o el Proyecto de Protocolo.

c) Subvenciones a la exportación. China:

- Eliminaría todas las subvenciones a la exportación, en el sentido del Acuerdo SMC.
- Antes del momento de la adhesión, dejaría de mantener todos los programas de subvenciones a la exportación previos.
- En el momento de la adhesión, no haría nuevos pagos ni desembolsos ni adelantaría ingresos u otorgaría cualquier otro beneficio en el marco de dichos programas. Este compromiso abarcaba las subvenciones otorgadas por todos los niveles de gobierno que fueran dependientes, de hecho, o de derecho, de una obligación de exportación.
- Eliminaría en el momento de la adhesión todas las subvenciones dependientes del uso de mercancías nacionales en lugar de importadas, acorde al Acuerdo SMC.

*4. Políticas internas que afectan al comercio exterior de mercancías:*⁴¹

a) Impuestos y cargas aplicados a las importaciones y exportaciones. Se observó que los gobiernos sub nacionales aplicaban el IVA y cargas adicionales a las importaciones, por lo que se consideraba esencial la aplicación no discriminatoria del IVA y de otros impuestos internos. En este sentido, China

⁴¹ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 169 y párr. 250 y *Protocolo de Adhesión*, punto 6. Comercio de Estado, párr. 1 y párr. 2; punto 7. Medidas no arancelarias, párr. 1 al párr. 4; punto 12. Agricultura, párr. 1 y párr. 2; punto 13. OTC, párr. 1 al párr. 3, párr. 4. a) y b); y punto 14. MSF, citados en las notas 28 y 29.

confirmó que en el momento de su adhesión garantizaría que sus leyes y reglamentos relativos a todos los derechos, cargas o impuestos aplicados a las importaciones y exportaciones se aplicarían plenamente en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC y del GATT de 1994.

b) Política industrial, con inclusión de las subvenciones. Se observó que:

- China se comprometió a aplicar el Acuerdo SMC de una manera que resultase justa y equitativa tanto para China como para otros miembros de la OMC.
- Existía la posibilidad de que hubiera un cierto nivel de subvenciones que tuviesen efectos de distorsión en el comercio, lo cual podría tener repercusiones no solamente en el acceso al mercado interno de China, sino también en los resultados de exportación de China a los mercados de otros miembros de la OMC.
- China estaba intentado reducir las posibilidades de obtener determinados tipos de subvenciones, en particular reformando su sistema fiscal y haciendo que las EPE y los bancos de propiedad pública fuesen gestionados de manera comercial. China afirmó que se esforzaría de manera progresiva por notificar plenamente las subvenciones (fiscales, a las inversiones y las proporcionadas por gobiernos sub nacionales, entre otras) como se prevé el Acuerdo SMC.
- China otorgaba en relación con las ZEE y otros territorios económicos especiales, con el objetivo de fomentar el desarrollo regional y la IE. Tras su adhesión, eliminaría todas las subvenciones de esa clase que resultasen incompatibles con el Acuerdo SMC.
- Solicitaron a China información sobre el “Catálogo de las exportaciones de productos de alta tecnología de China”, en el que se establecían las políticas del Gobierno central en materia de exportación de las industrias de telecomunicaciones, programas informáticos, aviación y técnica aeroespacial, láser, productos farmacéuticos, equipos médicos, nuevos materiales y energía. En respuesta, China aclaró que los productos enumerados en el Catálogo gozarían de una desgravación plena del IVA, mientras que otros productos exportados únicamente obtendrían una desgravación parcial. Las desgravaciones del IVA se aplicaban únicamente a los productos exportados y no a los productos de consumo interno.

c) *Obstáculos técnicos al comercio*. China declaró que, salvo disposición en contrario del Proyecto de Protocolo, aplicaría todas las obligaciones dimanantes del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) a partir de la fecha de la adhesión y confirmó que:

- Contaba con un organismo de notificación OTC y dos servicios de información, que habían sido notificados al Comité OTC de la OMC, tras su adhesión, se publicarían avisos de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad, propuestos y adoptados.
- Publicaría la información sobre las instituciones de evaluación de la conformidad reconocidas y las actualizaría de manera continua.
- Habría mecanismos internos de información y consulta permanente con los organismos gubernamentales y ministerios, a nivel nacional como sub-nacional, con los intereses del sector privado, en el marco del GATT de 1994 y del Acuerdo OTC.
- Habría plazos mínimos para que el público pudiese presentar observaciones a la normatividad y procedimientos propuestos, como se establecían en el Acuerdo OTC y en las decisiones y recomendaciones pertinentes adoptadas por el Comité OTC.
- Haría compatible la Ley de la RPC sobre Inspección de mercancías de importación y de exportación y su Reglamento de aplicación, con el Acuerdo OTC, así como el resto de la legislación y reglamentos pertinentes.
- Utilizaría las orientaciones o recomendaciones pertinentes de instituciones internacionales dedicadas a la normalización como base para los nuevos procedimientos de evaluación de la conformidad con arreglo a lo dispuesto Acuerdo OTC.
- No mantendría procedimientos de evaluación de la conformidad múltiples ni duplicados, ni impondría prescripciones exclusivamente a los productos importados.
- Como miembro de pleno derecho, de diferentes organizaciones internacionales como la *International Organization for Standardization* (ISO), participaba activamente en el desarrollo de las normas internacionales en la materia, y como parte de la labor de reestructuración de los organismos gubernamentales, notificaría, antes de que transcurriesen cuatro meses desde su adhesión, la aceptación del Código de Buena Conducta.
- Las instituciones gubernamentales de normalización realizaban revisiones periódicas de las normas existentes, en este sentido se

comprometía a acelerar el proceso de revisión de las normas voluntarias nacionales, locales y sectoriales, con miras a armonizarlas con las normas internacionales.

- Desde 1980 había emprendido activamente la adopción de las normas internacionales como base para los reglamentos técnicos como una política básica para acelerar la modernización industrial y fomentar el crecimiento económico.
- Su gobierno ya había decidido fusionar la Administración Estatal de la RPC sobre Inspección a la entrada y a la salida y sobre cuarentena (CIQ-SA) con la Oficina Estatal de supervisión técnica de China (CSBYS) para formar la Administración General Estatal de la RPC para la Supervisión e Inspección de la Calidad y Cuarentena (AQSIO), con arreglo a su política de desarrollo de una economía de mercado y ampliación de las reformas y la apertura.
- La AQSIO se encargaba de todas las políticas y procedimientos relativos a la evaluación de la conformidad y que otros ministerios y organismos del Gobierno desarrollaban políticas y procedimientos de evaluación de la conformidad, pero que éstos tenían que ser autorizados por la AQSIO antes de ponerse en vigor.
- Las prescripciones en materia de acreditación serían transparentes y otorgarían trato nacional a las instituciones extranjeras de evaluación de la conformidad.

d) *Medidas sanitarias y fitosanitarias.* China declaró que:

- De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF), aplicaba las MSF sólo en cuanto eran necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, por lo tanto, estas medidas no se mantendrían sin testimonios científicos suficientes.
- La mayoría de las MSF se basaban en normas, directrices y recomendaciones internacionales, por lo tanto, no aplicaría las medidas de tal forma que constituyesen una restricción encubierta del comercio.
- Cumpliría plenamente lo dispuesto en el Acuerdo MSF y garantizaría la conformidad con todas sus leyes, reglamentos, decretos, prescripciones y procedimientos relacionados con las medidas sanitarias y fitosanitarias.

- Había establecido un organismo encargado de la notificación de las medidas sanitarias y fitosanitarias y un servicio de información sanitaria y fitosanitaria que se notificarían al Comité MSF. Estas medidas incluídas las relacionadas con la inspección, se habían publicado en diarios tales como la Gaceta del MOFTEC.

e) Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio. China confirmó que:

- Cumpliría plenamente lo dispuesto en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdos sobre las MIC), y eliminaría las prescripciones en materia de equilibrio de divisas y nivelación del comercio, las prescripciones en materia de contenido nacional y las prescripciones en materia de resultados de exportación.
- En el marco del Acuerdo sobre la OMC y del Proyecto de Protocolo, respetaría la libertad de contratación de las empresas.
- En el marco de los debates sobre la Política Industrial del Gobierno para el Sector del Automóvil, confirmó que esta política se modificaría para asegurar la compatibilidad con las normas y principios de la OMC.
- Se realizarían modificaciones para asegurar la eliminación gradual de todas las medidas aplicables a los productores de vehículos automóviles que restringiesen las categorías, tipos o modelos de vehículos cuya producción estuviese permitida, garantizando así que los productores de vehículos automóviles quedaran libres de elegir qué categorías, tipos y modelos producir. Sin embargo, se entendía que las autorizaciones de categorías por parte del Gobierno podían seguir haciendo distinciones entre los camiones y los autobuses, los vehículos comerciales ligeros y los automóviles de pasajeros, (incluidos los vehículos multiuso y las furgonetas deportivas).
- Con respecto a la fabricación de motores para vehículos automóviles, el representante de China confirmó igualmente que este país se comprometía a eliminar tras la adhesión el límite del 50% para el capital extranjero en las empresas conjuntas.

f) Entidades comerciales del estado. China confirmó que:

- Las ECE gozaban de plena autonomía de gestión, y eran plenamente responsables de sus propios beneficios y pérdidas.

- Había realizado amplios y significativos esfuerzos por mejorar la transparencia del funcionamiento de las ECE y de las medidas relativas a dicho funcionamiento.
- Publicaría, trimestralmente, las solicitudes de importación realizadas por los comerciantes no estatales, así como las licencias otorgadas y proporcionar información pertinente a dichos comerciantes cuando lo solicitasen.
- Se seguiría autorizando a las empresas comerciales no estatales, incluidas las empresas privadas, a importar esas mercancías para fines de producción y que se concedería a esas importaciones el trato nacional.

Se expresó la inquietud con respecto a los suministros de materias primas en el sector de los textiles, y en particular por lo que se refiere a los suministros de seda, cuyas exportaciones estaban actualmente sometidas a derechos de comercialización del Estado, dado que China constituía el mayor suministrador mundial de seda. Al respecto, China confirmó que:

- Su país aboliría progresivamente la eliminación total del sistema de comercio de Estado respecto de la seda, mediante medidas que aumentarían y ampliarían el derecho a tener actividades comerciales. Otorgaría el derecho de comerciar con esos productos a todos los particulares y empresas a más tardar al 1° de enero de 2005.
- Los precios internos de la mayoría de los productos agropecuarios en China eran superiores a los precios mundiales, y esta diferencia permitía a las ECE de China importar a precios bajos y después subir el precio cuando vendían el producto a mayoristas y usuarios finales, particularmente preocupados por la posibilidad de que los aumentos de precios se utilizasen para reducir la competitividad de los productos importados y limitar el abanico de calidades y categorías al alcance de los usuarios finales en China.
- Las ECE no subían los precios de los productos importados, y en vez de ello, cobraban únicamente una tasa nominal por transacción. En consecuencia, la práctica de China resultaba compatible con las obligaciones asumidas en el marco de la OMC y no daba lugar a ningún efecto de distorsión del comercio y que con arreglo a la legislación China existían límites a las tasas que las ECE podían cobrar.
- Garantizaría que ningún incremento de precio aplicado a las importaciones, y en particular las llevadas a cabo por las ECE, daría

origen a una protección superior a la permitida en su Lista de concesiones y compromisos relativos a las mercancías o que no tuviese otra justificación en el marco de las normas de la OMC.

g) *ZEE*. Algunos miembros señalaron que no se disponía de información suficiente sobre las ZEE que habría dentro del territorio aduanero de China, incluidas las regiones con comercio fronterizo y las zonas autónomas de etnias minoritarias, las ciudades abiertas del litoral, las zonas de desarrollo económico y técnico y otras zonas con regímenes especiales en materia de aranceles, impuestos y reglamentos (denominadas en adelante, conjuntamente, ZEE). Concretamente sobre sus nombres y fronteras geográficas, y las leyes, reglamentos y demás medidas pertinentes a las mismas. China manifestó que:

- Desde 1979 había establecido varias ZEE en las que se aplicaban políticas más abiertas. Cabía citar cinco ZEE, 14 ciudades abiertas del litoral, 6 ciudades abiertas a lo largo del río Yangtzé, 21 capitales de provincia y 13 ciudades fronterizas del interior.
- Las ZEE mencionadas gozaban de mayor flexibilidad en la utilización de capital extranjero, la introducción de tecnología extranjera y la realización de una cooperación económica con el extranjero. Los inversores extranjeros gozaban de cierto trato preferencial.
- Se aplicaba un sistema de economía de mercado socialista en todo el territorio aduanero de China. En 1999, el volumen del comercio exterior de las ZEE representó casi el 20% del total nacional. En las ZEE se aplicaban uniformemente las leyes y los reglamentos nacionales de tributación.
- El desarrollo de la reforma y apertura económica iría aparejado con la aplicación de una política arancelaria uniforme en todo su territorio aduanero. China declaró que su país se comprometería a garantizar ese trato no discriminatorio.
- Tenía un claro compromiso de uniformar la administración del régimen comercial de cada una de esas zonas y que, tras la adhesión, garantizaría que dicha asistencia se prestaría de manera compatible con las obligaciones dimanantes de la OMC.
- Reforzaría la aplicación uniforme de los impuestos, aranceles y medidas no arancelarias aplicados al comercio entre sus ZEE y las demás partes del territorio aduanero chino.

- Incluiría en sus notificaciones información sobre cómo los reglamentos especiales de comercio, aranceles e impuestos en vigor se limitaban a las ZEE designadas, y en concreto información sobre su aplicación.
- Que cualquier trato preferencial ofrecido a las empresas con IE situadas dentro de las ZEE, lo sería de manera no discriminatoria.

En concreto, China se comprometió a notificar a la OMC toda la normatividad relativa a sus ZEE, enumeradas por su nombre e indicación de sus límites geográficos. Lo haría con prontitud, pero en cualquier caso en un plazo de 60 días. Aplicaría a los productos importados, incluidos los componentes incorporados materialmente, que se introdujeran en otras partes del territorio aduanero de China todos los impuestos, cargas y medidas que afecten a las importaciones, con inclusión de las restricciones a la importación y las cargas aduaneras y arancelarias que normalmente se aplicaban a las importaciones en las demás partes del territorio aduanero de China. Salvo disposición en contrario, al otorgar un trato preferencial a las empresas situadas en estas ZEE se respetarán plenamente las disposiciones de la OMC sobre no discriminación y trato nacional.⁴²

h) Tránsito. China manifestó que la reglamentación del tránsito vigente en China, a saber: el Reglamento de aduanas de la RPC sobre la supervisión y administración de mercancías en tránsito, era compatible con el art. V del GATT de 1994.

i) Políticas agrícolas. China afirmó que:

- Habida cuenta de que su país contaba con una amplia base agrícola, así como con una gran población, la seguridad agrícola, y en particular la seguridad alimentaria, era una cuestión de suma importancia.
- Basaba sus políticas en el abastecimiento agropecuario interno, especialmente en el equilibrio entre la oferta y la demanda de cereales, por lo tanto, buscaba activamente recursos internacionales como complemento necesario.
- Basaría sus políticas de importación en el sector de la agricultura sólo en consideraciones comerciales.

⁴² Cfr. *Protocolo de Adhesión*, punto. B) ZEE, párr. 1 al párr. 3, citado en la nota 29.

- A más tardar en la fecha de la adhesión, su país no mantendría, adoptaría ni restablecería planes de orientación u orientaciones administrativas en los planos nacional o sub nacional que regularan la cantidad, la calidad o el trato de las importaciones o constituyeran prácticas de sustitución de importaciones u otras medidas no arancelarias, incluidas las mantenidas a través de ECE en los planos nacional o sub nacional.
- Todas las entidades de su país operarían de conformidad con las obligaciones en el marco de la OMC, incluidas las obligaciones relativas a las subvenciones a la exportación.
- Las autoridades nacionales y sub nacionales no concederían a ninguna entidad china fondos u otros beneficios, incluidos los destinados a compensar pérdidas originadas por las exportaciones, a ninguna entidad china que fuera incompatible con las obligaciones que corresponden a su país en el marco de la OMC.
- A más tardar en la fecha de la adhesión, su país no mantendría ni introduciría ninguna subvención a la exportación de productos agropecuarios.
- Si bien su país podría otorgar ayuda a través de medidas gubernamentales, la cantidad de esa ayuda quedaría incluida en el cálculo de la Medida Global de la Ayuda (MGA) de China.

j) Comercio de aeronaves civiles. China indicó que su país no estaba en condiciones de comprometerse a adherirse al Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y confirmó que no impondría ninguna prescripción de compensaciones u otras formas de compensación industrial al comprar aeronaves civiles, en concreto, ninguna prescripción sobre tipos o volúmenes específicos de oportunidades comerciales.

k) Textiles. China aceptó, que las restricciones cuantitativas mantenidas por los miembros de la OMC sobre las importaciones de productos textiles y de vestido originarios de China que estuvieran vigentes el día anterior a la fecha de la adhesión se notificarían al Órgano de Supervisión de los Textiles como los niveles de base a efectos de la aplicación del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido de la OMC.

China convino en que cuando un miembro de la OMC considerara que las importaciones de origen chino de productos textiles y de vestido comprendidas en el Acuerdo sobre Textiles y el Vestido en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC amenazarán, debido a la desorganización del mercado, con obstaculizar el desarrollo ordenado

del comercio de esos productos, dicho miembro podría solicitar la celebración de consultas con miras a atenuar o evitar dicha desorganización del mercado y llegar a una solución mutuamente convenida.

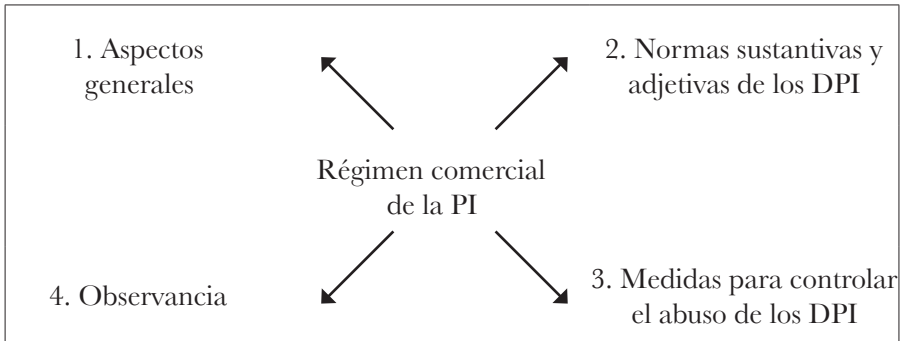
l) Medidas mantenidas contra China. China declaró que, a partir de la fecha de su adhesión, los miembros de la OMC deberían eliminar todas las medidas no arancelarias discriminatorias mantenidas contra las exportaciones chinas y se acordó que todas esas medidas se eliminarían progresivamente o se abordarían en otro modo de conformidad con los términos y calendarios convenidos de común acuerdo.

m) Salvaguardias de transición

- China manifestó un especial interés en que los miembros de la OMC previeran las debidas garantías procesales y emplearan criterios objetivos al determinar la existencia de una desorganización del mercado o desviación del comercio.
- Dichos criterios deberían incluir el incremento real o inminente de la participación en el mercado o del volumen de las importaciones procedentes de China, la naturaleza o magnitud de la medida adoptada por China o el otro miembro de la OMC y otros criterios similares.
- Además, los miembros de la OMC deberían ofrecer a los importadores, a los exportadores y a todas las partes interesadas la oportunidad de exponer sus opiniones en relación con el asunto.
- Los miembros del GT-OMC, estuvieron de acuerdo con esta petición. Se pondría fin a las medidas adoptadas para hacer frente a desviaciones significativas del comercio a más tardar 30 días después de la expiración de la medida adoptada por el miembro o los miembros de la OMC en cuestión contra las importaciones procedentes de China.
- Si el miembro o los miembros de la OMC que adoptasen una medida para hacer frente a la desorganización del mercado notificaran al Comité de Salvaguardias de la OMC, cualquier modificación de esa medida, las autoridades competentes del miembro de la OMC que hiciera frente a la desviación del comercio, determinarían si la desviación significativa del comercio seguía existiendo y si se había de modificar, revocar o mantener la medida adoptada.

IV. Régimen comercial de la propiedad intelectual (PI)

FIGURA 5
RÉGIMEN COMERCIAL DE LA PI



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

1. Aspectos generales.⁴³ China declaró que:

- Su país había hecho de la protección de los DPI un componente esencial de su política de reforma y apertura y de su estructura jurídica socialista.
- La formulación de las leyes y reglamentos en esta esfera se remontaba a finales de los años setenta. Desde entonces, había participado activamente con los organismos internacionales de protección de DPI y se había adherido a los convenios internacionales pertinentes. Había intensificado sus intercambios y su cooperación con países de todo el mundo en esta esfera, con el objetivo de alcanzar una dimensión y satisfacer los criterios mundiales.
- Tenía normas⁴⁴ importantes en la materia con un gran efecto en la protección y observancia de los DPI. Las normas jurídicas se clasificaban en tres partes:
- Parte I: Lista de 8 normas administrativas relativas a la protección de los derechos de patente, que eran de 1987 a 1992.

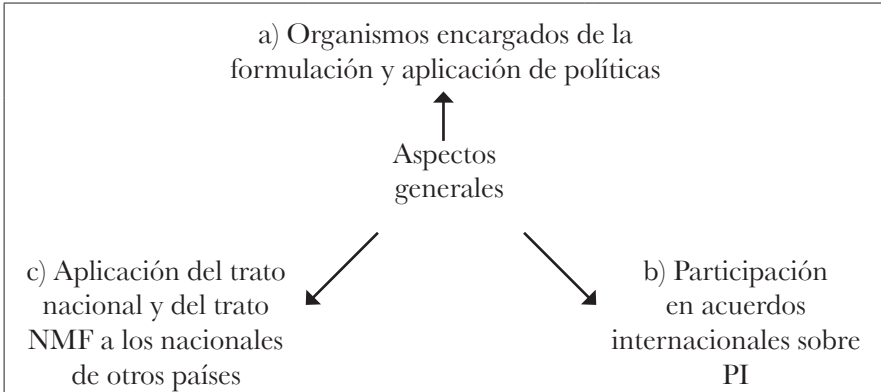
⁴³ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 251 al párr. 256, citado en la nota 28.

⁴⁴ A la fecha del informe, estas normas administrativas consistían en: métodos, opiniones, explicaciones, decretos, circulares, disposiciones, reglamentos, directivas, medidas, guías, tasas y procedimientos.

- Parte II: Lista de 9 normas administrativas relativas a la protección de las marcas de fábrica o de comercio, que eran de 1983 a 1998.
- Parte III: Lista de 18 normas administrativas relativas a la protección del derecho de autor (DA), que eran de 1987 a 1994.
- Se habían introducido nuevas modificaciones en la Ley de Patentes con miras a la adhesión al Acuerdo sobre la OMC y a dar cumplimiento al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).
- Tras su adhesión se aplicarían las modificaciones a la Ley de Derecho de Autor de la RPC (LDA) y la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio y a las normas pertinentes de aplicación, abarcando diferentes esferas del Acuerdo sobre los ADPIC.
- Los tribunales del pueblo aplicaban y hacían observar las leyes adoptadas por el CNP y los reglamentos administrativos, incluidas las normas de aplicación, dictados por el Consejo de Estado.
- De las 8 Leyes y Reglamentos Administrativos, cinco de ellas entrarían en vigor tras la adhesión. Estas eran: 1) LDA, 2) Reglamento de aplicación de la LDA de la RPC, 3) Reglamento de la protección de los programas de ordenador, 4) Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de la RPC y 5) Normas detalladas para la aplicación de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de la RPC.
- Las otras tres ya estaban vigentes, a saber: 1) el Reglamento de la RPC sobre la Protección de Obtenciones Vegetales (en vigor a partir del 1º de octubre de 1997), 2) la Ley de Represión de la Competencia Desleal de la RPC (en vigor desde el 1º de diciembre de 1993) y 3) el Reglamento de Aplicación de las Disposiciones en materia de Esquemas de Trazado de Circuitos Integrados (Entrará en vigor el 10 de octubre de 2001). Finalmente se derogarían cuatro normas departamentales tras la adhesión.

A continuación se representa el siguiente apartado con figura *infra*:

FIGURA 6
RÉGIMEN COMERCIAL DE LA PI-ASPECTOS GENERALES



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

a) *Organismos encargados de la formulación y aplicación de políticas.* Los organismos encargados de la formulación y aplicación de políticas en materia de DPI eran:

- La Oficina Estatal de la PI (SIPO) encargada de la aprobación de patentes.
- La Oficina de Marcas, dependiente de la Administración Pública de Industria y Comercio (SAIC) encargada del registro de marcas de fábrica o de comercio.
- La Oficina del DA encargada de la formulación de políticas en materia de DA.
- La SAIC encargada de la represión de la competencia desleal, incluida la protección de los secretos comerciales.
- La Administración Estatal de Productos Farmacéuticos (SDA) encargada de la protección administrativa de productos farmacéuticos.
- La AGA estaba encargada de las medidas en frontera.
- El Ministerio de Agricultura y la Administración Estatal de Silvicultura estaban encargados de la protección de las obtenciones vegetales.
- El Ministerio de la Industria de la Información estaba encargado de la protección de los esquemas de trazado de los circuitos integrados.

- La AQSIQ y la SAIC estaban encargadas de combatir las actividades de falsificación.
- Otros organismos como el de prensa y publicaciones, los tribunales populares y la policía también participaban en la protección de los DPI en China.

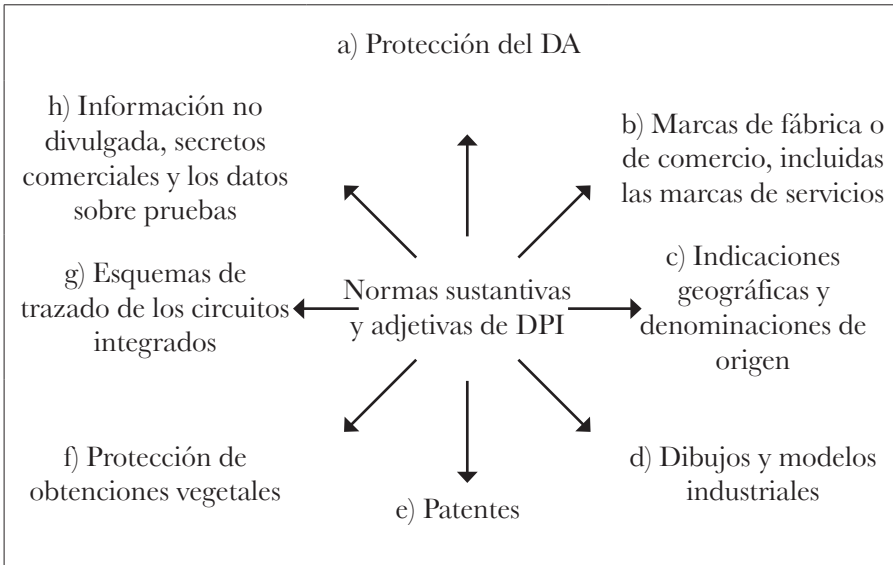
b) Participación en acuerdos internacionales sobre PI. China desde 1980 se convirtió en miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y a partir de esa fecha se empezó a adherir a los Convenios y Tratados administrados por este organismo a la fecha del informe había suscrito nueve acuerdos y participado en diversas negociaciones de otros instrumentos jurídicos en la materia.

c) Aplicación del trato nacional y del trato NMF a los nacionales de otros países. Al respecto, China:

- Declaró que la legislación de su país en materia de DPI preveía que todo extranjero fuera tratado de conformidad con los acuerdos concluidos entre el país extranjero y China, o de conformidad con los tratados internacionales en los que ambos países fueran parte, o sobre la base del principio de reciprocidad.
- Confirmó que modificaría las leyes, reglamentos y demás medidas pertinentes para garantizar la aplicación del trato NMF a los titulares de derechos extranjeros en relación con todos los DPI sin excepción, de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC.

2. Normas sustantivas de protección, incluidos los procedimientos para la adquisición y mantenimiento de los DPI⁴⁵

FIGURA 7
RÉGIMEN COMERCIAL DE LA PI-NORMAS SUSTANTIVAS
Y ADJETIVAS DE DPI



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

a) *Protección del DA*

- China declaró que la LDA, promulgada en 1990, establecía el sistema básico de protección del DA, junto con las Normas de aplicación de la LDA (30 de mayo de 1991) las Disposiciones relativas a la aplicación de tratados internacionales sobre DA (25 de septiembre de 1992) y otras leyes y reglamentos conexos. Su sistema estaba en conformidad con los tratados y prácticas internacionales en materia de DPI.
- Para la protección del DA y derechos conexos, se prevían las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

⁴⁵ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 257 al párr. 286, citado en la nota 28.

- Existían algunas discrepancias entre el régimen del DA y el Acuerdo sobre los ADPIC, por eso se había acelerado su modificación, para garantizar la plena compatibilidad con las obligaciones que corresponderían a China en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

b) Marcas de fábrica o de comercio, incluidas las marcas de servicios. China manifestó que:

- La Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio, las normas de aplicación de dicha Ley y las demás leyes, reglamentos administrativos y normas departamentales pertinentes constituían el sistema jurídico de marcas de fábrica o de comercio vigente en China, cuyo objetivo era la protección de los titulares de derechos en consonancia con los convenios y prácticas predominantes internacionales.
- A fin de proteger los derechos exclusivos del titular de una marca de fábrica o de comercio, la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de China contemplaba, la responsabilidad civil, penal de los infractores de marcas y la imposición de sanciones administrativas. Consistía en un “sistema de dos vías” se podía impedir las infracciones de marcas de manera oportuna y eficaz y proteger los intereses legítimos del titular de los derechos exclusivos.
- La legislación vigente en materia de marcas de fábrica o de comercio en cierto modo no llegaba a cumplir algunos aspectos de las prescripciones del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de París y, en consecuencia, estaban preparándose para modificar la legislación a fin de cumplir plenamente las prescripciones.

c) Indicaciones geográficas, incluidas las denominaciones de origen. China manifestó que las normas pertinentes de la SAIC y la AQSIQ protegían parcialmente las indicaciones geográficas, incluidas las denominaciones de origen, y que las modificaciones que se introducirían en la legislación en materia de marcas de fábrica o de comercio incluirían una disposición específica sobre la protección de las indicaciones geográficas y reiteró su intención de dar pleno cumplimiento al Acuerdo sobre los ADPIC sobre indicaciones geográficas.

d) Dibujos y modelos industriales. Las disposiciones en materia de dibujos y modelos industriales de la legislación china parecían poner en aplicación partes sustanciales de las prescripciones relativas a la materia en

el Acuerdo sobre los ADPIC. Una excepción destacable era la esfera de los dibujos o modelos textiles. Se señaló que los dibujos o modelos de los miembros de la OMC podrían quedar protegidos como obras de arte aplicado en el marco de las Disposiciones chinas relativas a la aplicación del Tratado Internacional sobre DA. Los miembros instaron a China a que incorporara esa protección a su legislación y otorgara dicha protección a los dibujos o modelos textiles nacionales.

e) *Patentes*. China declaró que, como parte de los preparativos para su adhesión, había revisado por primera vez en 1992 su Ley de Patentes, en consecuencia, había adoptado medidas para mejorar la compatibilidad de sus disposiciones normativas de protección con el Acuerdo sobre los ADPIC. La segunda revisión a esta Ley se realizó el 25 de agosto de 2000 y entró en vigor el 1º de julio de 2001. La ley ya incluía los elementos contemplados en el Acuerdo sobre los ADPIC. En este contexto, China declaró que:

- La SIPO había dedicado mucha atención a reforzar sus contactos y coordinación con los departamentos y ministerios competentes en el campo de la aplicación de la legislación de DPI, especialmente en las esferas de la solución de conflictos entre organismos y la resolución de casos clave.
- La SIPO había adoptado medidas adecuadas para mejorar los resultados obtenidos por las autoridades locales competentes en materia de patentes.
- En lo tocante al alcance de la protección mediante patente y la protección de obtenciones vegetales, ya se cumplían las prescripciones del art. 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, extendiendo también el alcance de la protección mediante patente a los productos alimenticios, las bebidas, los aromatizantes, los productos farmacéuticos y los materiales obtenidos por medio de métodos químicos.
- Quedarían excluidos de la patentabilidad “los descubrimientos científicos, las normas y métodos de las actividades intelectuales, los métodos de diagnóstico y terapéuticos para el tratamiento de enfermedades, las razas animales y las obtenciones vegetales, así como los materiales obtenidos por modificación del núcleo”.
- Modificaría las Normas de aplicación de la Ley de Patentes para garantizar que esta disposición se aplique en plena conformidad Acuerdo sobre los ADPIC, por el cual los “miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación

comercial en su territorio debía impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación”.

- Tras la modificación de 1992, las disposiciones sobre concesión de licencias obligatorias de la Ley de Patentes de China y las Normas de aplicación de dicha Ley, en conjunto, cumplían las prescripciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Se solicitó se hiciera idéntica la redacción y expresiones de sus leyes al Acuerdo sobre los ADPIC en lo que atañe a los procedimientos legales administrativos de concesión de licencias obligatorias.
- Tras las modificaciones a la Ley de Patentes en el año 2000, ésta contenía unas disposiciones sobre la concesión de licencias obligatorias cuya estructura y contenido era más claro, mejorado y en plena conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Añadió que, a la fecha del Informe de Adhesión, China no había emitido ninguna licencia obligatoria para la explotación de patentes.
- Los solicitantes o titulares de patentes de invenciones, de modelos de utilidad y dibujos y modelos susceptibles de aplicación, podrían iniciar procedimientos judiciales ante los tribunales populares si no estuvieran satisfechos con las decisiones de revisión o nulidad adoptadas por la Junta de Revisión de Patentes, esto lo hacía compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC en lo concerniente a las decisiones administrativas sujetas a revisión judicial.
- Desde 1992 la duración de los derechos conferidos por las patentes de invenciones había sido de 20 años y para las patentes de modelos de utilidad y dibujos o modelos susceptibles de aplicación había sido de 10 años, contados desde la fecha de la solicitud, por consiguiente, ya se estaba en consonancia con el Acuerdo sobre los ADPIC.
- En relación a los litigios por infracción de patentes cuyo objeto fuera un procedimiento para fabricar un producto nuevo, las personas físicas o jurídicas que fabricaran el producto idéntico deberían aportar pruebas de que utilizaban un procedimiento diferente para fabricar su producto, por consiguiente, se estaba en plena conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC.

f) *Protección de obtenciones vegetales.* China confirmó que su país era parte en el texto de 1978 del Convenio Internacional para la Protección de las

Obtenciones Vegetales (UPOV). En marzo de 1997, el Consejo de Estado había formulado y promulgado el Reglamento de Protección de las Obtenciones Vegetales, protegiendo de este modo las obtenciones vegetales de una forma *sui generis* compatible con las prescripciones del Acuerdo sobre los ADPIC y que el período de protección de los derechos sobre las obtenciones comenzaría en la fecha de la concesión de los derechos y se prolongaría durante 20 años, en el caso de las vides y árboles forestales, frutales y ornamentales, y 15 años en los demás casos.

g) *Esquemas de trazado de los circuitos integrados.* China declaró que:

- Había sido uno de los primeros en firmar el Tratado sobre la PI respecto de los Circuitos Integrados, en 1989. El Reglamento específico de protección de los esquemas de trazado de los circuitos integrados, se había promulgado en abril de 2001 y entraría en vigor el 1º de octubre de 2001 dando pleno cumplimiento al Acuerdo sobre los ADPIC.
- Su país estaba reforzando la protección de los esquemas de trazado, para apoyar el rápido desarrollo de la rama de producción de circuitos integrados. Los esquemas de trazado ya estaban protegidos por la reglamentación.
- La cláusula de excepción y la cláusula sobre las licencias no voluntarias estaban en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y que la duración de la protección era de 10 años contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de registro la protección de los esquemas de trazado de los circuitos integrados se ajustaba también al Tratado sobre la PI respecto de los Circuitos Integrados.

h) *Prescripciones sobre la información no divulgada, incluidos los secretos comerciales y los datos sobre pruebas.* Se expresó preocupación por el grado de protección de China contra el uso comercial desleal y la divulgación de datos de pruebas u otros datos no divulgados que se hubieran presentado a las autoridades chinas para obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o productos químicos para la agricultura. China expresó al respecto, que:

- La Ley de represión de la competencia desleal disponía que ningún operador comercial debía quebrantar la obligación de mantener los secretos comerciales.

- En cumplimiento del párr. 3 del art. 39 del Acuerdo sobre los ADPIC, protegería eficazmente contra todo uso comercial desleal los datos de pruebas u otros no divulgados, excepto cuando la divulgación de esos datos fuera necesaria para proteger al público, o cuando se adoptaran medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

3. *Medidas para controlar el abuso de los DPI.*⁴⁶ China manifestó que la Ley de Patentes contenía disposiciones relativas a las licencias obligatorias para prevenir el abuso de los derechos de patente. Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio preveía que quien hubiera registrado una marca de fábrica o de comercio podía autorizar a otra persona a usar su marca de fábrica o de comercio registrada a través de un contrato de licencia de marca.

4. *Observancia.*⁴⁷ Se solicitó que se realizaran mayores esfuerzos para garantizar la observancia, de los DPI, a través del reforzamiento de su marco legislativo. China declaró que:

- En caso de infracción de los DPI, la persona afectada podría entablar un proceso ante los tribunales ya que desde 1992, se habían constituido en las principales ciudades, como Beijing y Shanghai, tribunales especiales de DPI a partir de las secciones colegiadas especializadas de los tribunales normales.
- Los particulares y las empresas podían ser tenidas por responsables de infracciones de los DPI y exigírseles responsabilidades civiles y/o penales.
- En caso de que una persona infringiera el DPI de otra persona, y las circunstancias fueran graves, la persona directamente responsable podía ser llevada ante los tribunales por su responsabilidad penal y se le aplicarían las disposiciones pertinentes. De ser culpable, se podía condenar a la persona directamente responsable a una pena de prisión de un máximo de siete años, o ser detenida o sentenciada al pago de una multa.

Se solicitó que China garantizara una aplicación más vigorosa de su legislación de observancia para reducir de forma considerable el alto nivel existente

⁴⁶ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 285 y párr. 286, citado en la nota 28.

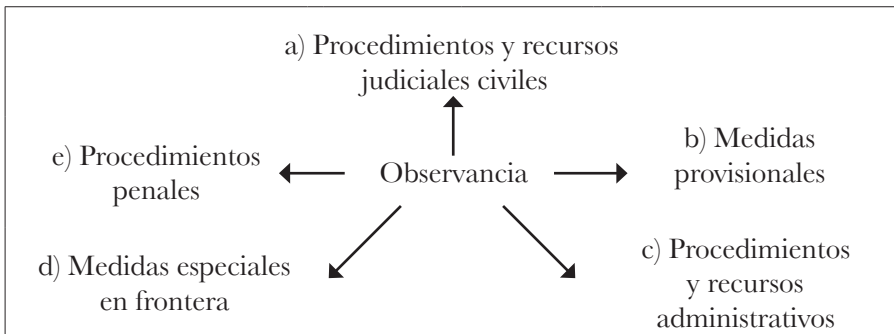
⁴⁷ Cfr. *Informe de Adhesión*, párr. 287 y párr. 305, citado en la nota 28.

de pirateo de DA y de falsificación de marcas de fábrica o de comercio. China declaró que:

- Las medidas para luchar contra el pirateo de la PI siempre habían sido muy severas en China. Desde el punto de vista judicial, los tribunales de todos los niveles estaban constantemente examinando casos de infracción de DPI.
- Desde el punto de vista administrativo, las autoridades de todos los niveles trabajaban para reforzar su labor de lucha contra el pirateo y estaban haciendo todo lo posible por mejorar la publicidad de las leyes y la educación del público en general en un esfuerzo por garantizar que el marco legal de China se adaptara a las prescripciones sobre la observancia del Acuerdo sobre los ADPIC.

A continuación se muestran los rubros abordados en el ámbito de la observancia:

FIGURA 8
RÉGIMEN COMERCIAL DE LA PI-OBSERVANCIA



FUENTE: Elaboración propia con información obtenida del Informe del GT sobre la adhesión de China.

a) *Procedimientos y recursos judiciales civiles.* Se expresó la preocupación por determinadas prácticas que dificultaban a los titulares de DPI el recurso a medidas judiciales civiles para proteger sus derechos ante los tribunales de China. Al respecto, China declaró:

- Que una forma de garantizar los DPI lo constituían los Principios Generales del Derecho Civil. Si los DPI de las personas físicas o

jurídicas eran infringidos mediante plagio, alteración o imitación, éstas tenían el derecho de pedir que se pusiera término a la infracción, se eliminara sus efectos y se compensaran los daños causados. Las leyes de procedimiento civil también respetarían el Acuerdo sobre los ADPIC. La Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio, la Ley de Patentes y la LDA contenían disposiciones semejantes.

- Todas las normas de aplicación pertinentes se modificarían para cumplir plenamente el Acuerdo sobre los ADPIC, a efectos de que el infractor pagara al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste hubiera sufrido debido a una infracción de sus DPI, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, hubiera desarrollado una actividad infractora.

b) Medidas provisionales. Se señaló que el Acuerdo sobre los ADPIC establecía que las autoridades judiciales debían estar facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a: 1) evitar que se produjera la infracción de cualquier DPI y, en particular, evitar la distribución o venta de las mercancías infractoras, y 2) preservar las pruebas relacionadas con la presunta infracción. Al respecto, China declaró que:

- La Ley de Procedimiento Civil de su país contenía disposiciones sobre la protección de la propiedad, pero no estipulaba explícitamente que un tribunal del pueblo tuviera el derecho de tomar medidas para prevenir las infracciones antes de que la persona afectada entablara formalmente un procedimiento.
- Para aumentar el poder disuasorio de la ley contra las infracciones y garantizar que los derechos e intereses legítimos de los propietarios de patentes no sufrieran daños irreparables, así como para cumplir el Acuerdo sobre los ADPIC, China, al modificar su Ley de Patentes por segunda vez en el año 2000, introdujo el art. 61 que regulaba las medidas provisionales para que el propietario de un DPI pudiera solicitar al tribunal del pueblo que ordenara la suspensión de dichas acciones y protegiera su propiedad, con la aportación de “pruebas razonables” a fin de establecer un grado suficiente de certidumbre para el demandante como titular del derecho.

c) Procedimientos y recursos administrativos. Se expresó la preocupación de que la observancia de los DPI en China se garantizaba principalmente

mediante actuaciones administrativas y que las sanciones administrativas equivalían a pequeñas multas y a la pérdida de las mercancías infractoras. Era importante la existencia de un procedimiento penal, en los casos en los que intervenían reincidentes o estaban relacionados con la falsificación y el pirateo voluntarios. China declaró que:

- El titular del DIP infringido podía solicitar la intervención del departamento administrativo de industria y de distrito o de nivel superior, a las autoridades administrativas encargadas de patentes, o al departamento de administración de los DI, para ordenar al infractor el cese inmediato de la acción infractora y la compensación del titular del derecho infringido por las pérdidas ocasionadas, también se podía imponer una multa al infractor, mediar en el pago de daños y perjuicios a la parte afectada o imponer a cualquier persona infractora las penas administrativas correspondientes, como la confiscación del ingreso procedente de la infracción o la imposición de una multa, etc.
- La mayoría de las medidas de observancia de los DPI se traducían en medidas administrativas de corrección de la infracción y estaban realizando esfuerzos constantes por reforzar las sanciones a disposición de las autoridades administrativas.
- Los organismos pertinentes encargados de la Protección de los DPI, ya disponían de autoridad suficiente para confiscar el equipo utilizado y cualquier otra prueba material y documental de la infracción.
- Las autoridades administrativas tendrían la capacidad de imponer sanciones suficientes para prevenir futuras infracciones o disuadir a los posibles infractores, y serían instadas a ejercer su autoridad. Los casos en que estuvieran involucrados reincidentes o intervenga la falsificación y el pirateo voluntarios, se remitirían a las autoridades pertinentes para su sometimiento a las disposiciones de la legislación penal efectivas.

d) *Medidas especiales en frontera.* China declaró que:

- De conformidad con el Reglamento de la RPC sobre Protección en Aduana de los DPI, las aduanas de China debían tomar las medidas necesarias para interceptar la importación o exportación de mercancías que probadamente estuvieran infringiendo los derechos de marcas de fábrica o de comercio, patentes o DA protegidos

por la ley en China. Las aduanas de China disponían de autoridad para investigar cualquier cargamento sospechoso y confiscar las mercancías en caso de que quedara probada la infracción.

- Pondría a disposición de los titulares de DPI procedimientos para la aplicación de medidas en frontera plenamente compatibles con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC.

e) *Procedimientos penales.* China declaró que la Ley de Sanciones Penales (Delitos de Infracción de los DPI) establecía que cualquiera que infringiera seriamente los derechos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas, patentes, DA o secretos comerciales podía ser condenado a una pena de prisión y al pago de una multa.

Expresaron su preocupación por el hecho de que no pudiera utilizarse efectivamente el procedimiento penal contra la piratería y la falsificación ya que el límite mínimo monetario aplicado entonces para entablar un procedimiento penal era demasiado alto y pocas veces se alcanzaba. Este límite debía reducirse para permitir una acción efectiva contra la piratería y la falsificación en el futuro. China respondió que la autoridad administrativa de su país recomendaría a las autoridades judiciales los ajustes necesarios para reducir los límites y solucionar este problema. En el momento de su adhesión, aplicaría plenamente las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

V. Políticas que afectan al comercio de servicios⁴⁸

Políticas que afectan al comercio de servicios	a) Licencias
	b) Libertad de asociación
	c) Modificación del capital social
	d) Requisito de experiencia: sector seguros
	e) Servicios de inspección
	f) Estudio del mercado
	g) Servicios jurídicos
	h) Derechos de los accionistas minoritarios
	i) Lista de compromisos específicos

a) *Licencias.* Se expresó la preocupación por la falta de transparencia del actual régimen de servicios de China, en concreto en lo que respectaba a la obtención, ampliación, renovación, denegación y terminación de

⁴⁸ Cfi. *Informe de Adhesión*, párr. 306 al párr. 321, citado en la nota 28.

licencias y otras autorizaciones necesarias para la prestación de servicios en el mercado chino, y las apelaciones contra dichas acciones. También se expresó que los procedimientos y condiciones para la obtención de licencias no deberían, por sí mismos, actuar como un obstáculo al acceso a los mercados, ni tener un efecto sobre el comercio que fuera más restrictivo que lo necesario. China declaró al respecto, que:

- Había contraído numerosos compromisos para aumentar la transparencia y presentar información a los gobiernos y proveedores de servicios sobre cualquier cuestión relacionada con el AGCS.
- Al momento de su adhesión, publicaría en el Diario Oficial: 1) una lista de las autoridades responsables de la autorización, aprobación y reglamentación de los sectores de servicios en los que había adoptado compromisos específicos, y 2) los procedimientos y condiciones para la obtención de licencias.
- En el momento de su adhesión, garantizaría que los procedimientos y condiciones para la obtención de licencias no actuarán como obstáculos al acceso a los mercados, ni tendrán un efecto sobre el comercio que fuera más restrictivo que lo necesario y serían acordes al Acuerdo sobre la OMC, el Proyecto de Protocolo y la Lista de compromisos específicos.
- Su compromiso en permitir la creación de sucursales internas de las compañías de seguros, de acuerdo con el objetivo de eliminar progresivamente de las restricciones geográficas confirmó que una sucursal principal o secundaria sería una extensión de la empresa principal, y no una entidad jurídica distinta. China permitirá la apertura de sucursales a nivel nacional de acuerdo con este principio y de conformidad con su Lista de compromisos específicos, con inclusión del trato NMF.

b) *Libertad de asociación.* La práctica actual de imponer condiciones a las empresas chinas autorizadas para asociarse con proveedores de servicios extranjeros, podía equivaler a un contingente *de facto*, dado que el número de socios potenciales que cumplieran con estas condiciones podría ser limitado.

- China confirmó que un proveedor de servicios extranjero podría asociarse con cualquier entidad china de su elección, incluso si operaba en un sector distinto del de la empresa mixta, siempre que su socio chino estuviera legalmente establecido en China.

- La empresa mixta, como tal, debía cumplir los mismos requisitos sectoriales específicos y prudenciales que el resto de las empresas del país, y estos requisitos habría de ser de conocimiento público.

c) Modificación del capital social. China confirmó que los socios chinos y extranjeros de una empresa mixta establecida podrían negociar la modificación de sus participaciones respectivas en el capital social de la empresa mixta y aplicar dicha modificación, si ambas partes llegaban a un acuerdo y éste era aprobado por las autoridades. Dicho acuerdo debería ser compatible con los compromisos relativos al capital recogidos en la Lista de compromisos específicos de China.

d) Requisito de experiencia previa para establecerse en el sector de los seguros. China confirmó que las fusiones, divisiones, reestructuraciones o cualquier otro cambio en la forma jurídica de una compañía de seguros no afectarían a los requisitos de experiencia previa recogidos en la Lista de compromisos específicos de China, si la nueva entidad seguía prestando servicios de seguros.

e) Servicios de inspección. China confirmó que su país no seguiría manteniendo requisitos que obstaculizaran la actuación de los organismos de inspección de mercancías extranjeros y mixtos, a menos que se especificara lo contrario en la Lista de compromisos específicos de China.

f) Estudio del mercado. China confirmó que, en el momento de su adhesión, su país eliminaría el requisito de autorización previa de los servicios de estudio del mercado, definidos como servicios de investigación previstos para asegurar la obtención de la proyección y actuación de los productos de una organización en el mercado, incluyendo el análisis del mercado, el análisis de las actitudes y preferencias de los consumidores. Las empresas de estudio del mercado registradas en China que se dedicaran a la prestación de tales servicios deberían únicamente presentar a los organismos estadísticos del gobierno a nivel provincial o nivel superior el plan de estudio y el cuestionario utilizado.

g) Servicios jurídicos. China aclaró que los “abogados chinos registrados a nivel nacional”, tal y como se indicaba en la lista de compromisos específicos de China, eran aquellos ciudadanos chinos que habían obtenido un título de abogado y estaban en posesión de un permiso chino para ejercer la profesión en una empresa china de servicios jurídicos.

h) Derechos de los accionistas minoritarios. China confirmó que, si bien su país había limitado sus compromisos de acceso a los mercados en determinados sectores para permitir únicamente que los extranjeros dispusieran de una minoría del capital social, un accionista minoritario podía exigir la observancia de los derechos relativos a su inversión, de conformidad con las leyes, reglamentos y medidas chinas.

i) Lista de compromisos específicos. La Lista de compromisos específicos de China, reproducida en el anexo 9 del Proyecto de Protocolo, contiene los compromisos de acceso a los mercados de servicios asumidos por China.

VI. Otras cuestiones

*a) Acuerdos comerciales especiales.*⁴⁹ Se expresaron preocupaciones concretas en relación con algunos acuerdos comerciales especiales de China, incluidos los acuerdos de trueque, con terceros países y territorios aduaneros separados, que dichos miembros consideraban que no eran compatibles con los requisitos de la OMC. Al respecto, China se comprometió a eliminar o poner de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC todos los acuerdos comerciales especiales.

*b) Transparencia.*⁵⁰ Se comentó:

- La preocupación por las dificultades para obtener copia de los reglamentos y otras medidas adoptadas por diversos ministerios, autoridades sub-nacionales, autoridades locales, autoridades provinciales y otras medidas de carácter más general del Gobierno central. La transparencia era esencial, puesto que éstos a menudo ofrecían detalles sobre su aplicación y diferían de una jurisdicción a otra. Por lo tanto, era necesario recibir información de manera puntual para que los gobiernos y los comerciantes pudieran estar preparados para cumplir tales disposiciones y ejercer sus derechos con respecto a la aplicación y observancia de esas medidas.
- La publicación previa para aumentar la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales, se consideró importante a fin

⁴⁹ Cfi. *Informe de Adhesión*, párr. 323 y *Protocolo de adhesión*, punto 4. Acuerdos comerciales especiales, citados en las notas 28 y 29.

⁵⁰ Cfi. *Informe de Adhesión*, párr. 324 al párr. 336 y *Protocolo de Adhesión*, punto. C) Transparencia párr. 1 al párr. 3, citados en las notas 28 y 29.

de asegurar que la información procedente de los órganos gubernamentales de todos los niveles se compilara en un solo lugar y estuviera disponible de manera inmediata.

- La creación y el mantenimiento de un único Diario Oficial y de un servicio de información centralizado que facilitara la información y esto ayudaría a promover el cumplimiento.
- China señaló que su Gobierno facilitaba regularmente información sobre el sistema de comercio exterior de China, a través de publicaciones como: a) el Almanaque de las relaciones económicas exteriores y comercio de China y “Boletín del MOFTEC” publicado por el MOFTEC, b) el Anuario estadístico de China, publicado por la Oficina Estatal de Estadística y c) las Estadísticas aduaneras de China, editadas y publicadas trimestralmente por la AGA.
- Las normas, los reglamentos y las órdenes del Consejo de Estado relativos al comercio exterior, así como los reglamentos promulgados por otros departamentos, figuraban en el “Boletín del Consejo de Estado”, en la “Compilación de leyes y reglamentos de la República Popular China”, así como en la “Gaceta del MOFTEC”.
- Los reglamentos y directrices administrativos que afectan al comercio exterior se difundían en el espacio oficial del MOFTEC en la red de Internet (<http://www.moftec.gov.cn>) y en diversos diarios y periódicos.
- La información sobre las medidas relativas a las divisas era publicada en los medios de difusión y por la SAFE en el sitio Web de la SAFE (<http://www.safe.gov.cn>).
- La información relativa a la administración de las importaciones y las exportaciones se publicaba en el periódico “Negocios Internacionales” (*International Business*) y en la “Gaceta del MOFTEC”.
- En el “Boletín del Consejo de Estado” y en la prensa se publicaba información relativa a las leyes y reglamentos aduaneros de China, los tipos de los derechos de importación y exportación, y los trámites aduaneros, información que estaba a disposición de quien la solicitara. Se publicaban los procedimientos de determinación de los tipos de los derechos, la valoración en aduana y la determinación de los derechos, la desgravación fiscal y el reintegro de derechos, así como los referentes a la exención total o parcial de derechos.
- La AGA publica mensualmente las estadísticas aduaneras desglosadas por país de origen y por destino final, sobre la base de las partidas de ocho dígitos del SA.

- Todos los acuerdos bilaterales concertados entre China y sus interlocutores comerciales y los protocolos sobre el intercambio de mercancías negociados en virtud de los mismos se publican en la “Serie de tratados de la República Popular China”.
- La “Guía de las empresas de comercio exterior y de relaciones económicas de China con el extranjero” y “Empresas y organismos de comercio exterior de China” eran dos publicaciones que identificaban a las sociedades de comercio exterior y otras empresas de China dedicadas al comercio exterior.
- China enumeró la lista completa de sus Diarios Oficiales:
 - Boletín del Comité Permanente del CNP de la RPC.
 - Boletín del Consejo de Estado de la RPC.
 - Compilación de leyes de la RPC.
 - Compilación de leyes y reglamentos de la RPC.
 - Gaceta del MOFTEC de la RPC.
 - Proclamación del Banco Popular de la RPC.
 - Proclamación del Ministerio de Hacienda de la RPC.
- La publicación de todas las leyes, reglamentos y demás medidas que se refirieran o afectaran al comercio de mercancías, los servicios, los ADPIC o el control cambiario incluirían la fecha de su entrada en vigor. También incluirían los productos y servicios afectados por una medida particular, se identificarían mediante la línea arancelaria correspondiente y la clasificación del CPC. China confirmó que:
- Publicaría en el Diario Oficial, según la clasificación pertinente y por servicios, cuando fuera necesario, una lista de todas las organizaciones, responsables de la autorización, aprobación y reglamentación de las actividades de servicios mediante la concesión de licencias u otro tipo de autorización, incluidas aquéllas en las que las autoridades nacionales han delegado su autoridad. También se publicarían los procedimientos y condiciones para obtener dichas licencias o autorizaciones.
- No retendría como información confidencial ningún tipo de información que el Acuerdo sobre la OMC o el Proyecto de Protocolo exigieran que se divulgara, excepto si se demostraba que la divulgación perjudicaría los intereses comerciales legítimos de empresas determinadas, públicas o privadas.
- Establecería o designaría uno o más servicios de información del que podrá obtenerse toda la información relativa a la normatividad que se refiriera o afectara al comercio de mercancías, los

servicios, los ADPIC o el control cambiario, así como los textos publicados. Notificará a la OMC el servicio de información y su responsabilidad. Dentro de esta información se incluiría los nombres de las autoridades a nivel nacional y sub-nacional (incluidos los puntos de contacto) responsables de la aplicación de una medida en concreto.

- Pondría a disposición de los miembros de la OMC la traducción a una o más de las lenguas oficiales de la OMC toda normatividad que se refiriera o afectara al comercio de mercancías, los servicios, los ADPIC o el control cambiario y en la medida de lo posible, haría que estas normas en ningún caso, se publicaran con menos de 90 días de antelación antes de ser aplicados o entrar en vigor.

d) *Contratación pública*.⁵¹ China declaró que:

- Para mejorar el régimen de contratación pública el Ministerio de Hacienda había promulgado el Reglamento Provisional sobre contratación pública en abril de 1998, se había redactado siguiendo la línea del Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública (ACP) y basándose en las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de las Naciones Unidas (NU).
- La política y los procedimientos de contratación pública eran compatibles con las prácticas internacionales, se respetaban los principios fundamentales de llevarse a cabo de una manera abierta, justa, equitativa, eficiente y en bien del interés público. En esos momentos (2000-2001) China estaba redactando una Ley de Contratación Pública.
- Tenía la intención de adherirse al ACP y que, hasta ese momento, todas las entidades gubernamentales a nivel central y sub-nacional, así como cualquier otra entidad pública se dedicaría en exclusiva a actividades comerciales, llevaban a cabo su contratación de manera transparente y daban a los proveedores extranjeros igualdad de oportunidades para participar en este proceso de contratación siguiendo el principio del trato NMF.

⁵¹ Cfr. *Informe de Adhesión y Protocolo de Adhesión*, párr. 337 al párr. 341, citados en las notas 28 y 29.

- Pasaría a ser observador ante la ACP en el momento de su adhesión al Acuerdo de la OMC e iniciará las negociaciones para adherirse presentando una oferta de apéndice 1, lo antes posible.

En relación con todas las declaraciones hechas a lo largo de las reuniones de trabajo, los miembros reiteraron que todos los compromisos contraídos por China en su proceso de adhesión eran exclusivos de China y se establecían sin perjuicio de los actuales derechos y obligaciones de los miembros en el marco del Acuerdo sobre la OMC.

China convino en que su país emprendería negociaciones bilaterales sobre acceso a los mercados con respecto a los productos industriales y los productos agropecuarios, y el establecimiento de compromisos iniciales en la esfera de los servicios.

El proceso de adhesión de China dependió mucho de su buena voluntad de cumplir las normas y obligaciones que derivaban de los principios de economía de mercado de la OMC y de sus políticas favorables a la competencia y a la no discriminación. También de las condiciones de acceso a los mercados de mercancías y servicios que el país solicitante le ofreciera a los demás miembros de la OMC y del cómo el GT-OMC adoptara sus decisiones por consenso.

El 10 de noviembre del año 2001, la Conferencia Ministerial dio a conocer el contenido del Protocolo de Adhesión y aunque se habían alcanzado importantes logros en cuanto a desarrollo económico. China era aún un país en desarrollo, en consecuencia, debía tener derecho al trato especial y más favorable previsto en el Acuerdo sobre la OMC para los países miembros en desarrollo.

Con respecto al enfoque pragmático adoptado en el caso de China en unas cuantas esferas, los miembros reconocieron también la importancia del trato diferenciado y más favorable establecido para los países en desarrollo en el Acuerdo sobre la OMC. A dicho de la OMC: “Las reformas económicas de China, que comenzaron en 1978, han ido abriendo poco a poco la economía tanto al comercio internacional como a la inversión extranjera directa (IED) y han permitido que aparezca, de forma paralela al sector público, un sector privado (no público), cuya contribución al PIB fue de casi el 60 por ciento en 2003”.⁵²

⁵² OMC. *Examen de las políticas comerciales...* Doc. WT/TPR/S/161, p. ix, citado en la nota 6.

SEGUNDA PARTE

CHINA EN EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC. *STATUS* LITIGIOSO DE CHINA

El conjunto de documentos (acuerdos, protocolos, anexos, disposiciones, medidas, decisiones, actas, memorándum de entendimiento, etc.) de distinta naturaleza jurídica, emanados, administrados y aplicados por la OMC, su sistema de solución de conflictos comerciales entre sus miembros, los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación que contienen las resoluciones, recomendaciones, criterios, enfoques, interpretaciones, etc., sin duda forman parte de una especialidad relevante dentro del DI.

Los Acuerdos de la OMC, son dignos de análisis para cualquier estudio del Derecho Económico Internacional, pero resulta aún más interesante el abordaje de las interpretaciones que realizan los GEs y el Órgano de Apelación respecto del conjunto normativo de la OMC, y del derecho nacional de sus miembros. Los estudiosos del DI, suelen citar estas interpretaciones para la construcción de la doctrina, y la generación del debate académico. Los miembros de la OMC, citan estos criterios cuando emprenden defensas (argumentaciones y alegaciones) al amparo de un acuerdo abarcado por la OMC.

Hinojosa Martínez y Pérez Bernárdez, han considerado al Derecho de la OMC “como un subsistema dentro del Derecho internacional público, que ha alcanzado un notable grado de desarrollo, complejidad técnica y especialización.”⁵³ También han afirmado que:

⁵³ Hinojosa Martínez, Luis M. y Pérez Bernárdez, Carmela. “La OMC: Cuestiones institucionales”. En Roldán Barbero, Javier. *Derecho Internacional Económico*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 88. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/*/OMC/WW/vid/652687245.

Probablemente, la principal aportación que la creación de la OMC supuso para las relaciones comerciales internacionales consistió en la juridificación de esas relaciones, abarcando nuevos ámbitos, mediante normas más concretas y exigentes, cuyo cumplimiento se hace verificable a través de un sistema de solución de controversias cuasijurisdiccional.⁵⁴

Una de las actividades básicas de la OMC, consiste en la solución de conflictos comerciales internacionales que se suscitan entre sus miembros. Su mecanismo de solución de diferencias es uno de los más dinámicos e importantes del mundo. A través de los principios de equidad, rapidez, eficacia y aceptabilidad mutua, pretende contribuir a la estabilidad de la economía mundial y a la fluidez del comercio internacional.

La mayoría de los países del mundo forman parte de los aproximadamente 60 textos jurídicos de la OMC, fruto de las negociaciones de la Ronda Uruguay celebradas entre 1986-1994 y que se firmaron en la Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994.⁵⁵

Los Acuerdos comprendidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay, están abarcados por el “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias” (ESD), son instrumentos vinculantes, que establecen derechos y obligaciones, a los miembros que los suscriben. Posterior a esta Ronda se han venido negociando otros textos jurídicos adicionales que toman la forma de acuerdos y protocolos de adhesión⁵⁶ entre otras figuras jurídicas.

El incumplimiento de las obligaciones prescritas en uno de ellos, puede dar inicio a una diferencia (DS, caso o litigio), siempre que un gobierno miembro considere que otro gobierno miembro está infringiendo un acuerdo⁵⁷ o un compromiso que ha contraído en el marco del SMC.⁵⁸

⁵⁴ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁵ OMC. *Textos jurídicos de la OMC*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm.

⁵⁶ Adhesiones finalizadas: Ecuador y Bulgaria (1996), Mongolia y Panamá (1997), República Kirguisa (1998), Letonia y Estonia (1999), Jordania, Georgia, Albania y Croacia (2000), Lituania, Moldova y China (2001), Taipei Chino (2002), Armenia y Ex República Yugoslava de Macedonia (2003), Nepal y Camboya (2004), Arabia Saudita (2005), Vietnam y Tonga (2007), Ucrania y Cabo Verde (2008), Montenegro, Samoa, Federación de Rusia y Vanuatu (2012), República Democrática Popular Lao y Tayikistán (2013), Yemen (2014), Seychelles y Kazajstán (2015), Liberia y Afganistán (2016).

⁵⁷ Pueden ser acuerdos multilaterales (GATT, AGCS, ADPIC, AOTC, AMIC, AMSF, ASMC, etc.) plurilaterales (como el ACP, etc.) u otro tipo de compromisos en el marco de la OMC.

⁵⁸ Compendio de normas de la OMC para la resolución de diferencias comerciales entre miembros.

El miembro que se considera afectado se le denomina “reclamante” y al miembro que infringe la norma “demandado”. Los países que no tienen ninguna de estas dos calidades, pueden formar parte de un tercer grupo que pueden declarar su interés en la cuestión, lo que les hace acreedores a ciertos derechos. A éste o grupo (s) de países se les conoce como “tercero” o “terceros”.

El Consejo General se reúne en calidad de Órgano de Solución de Diferencias (OSD)⁵⁹ para examinar y resolver las DS entre los miembros, a través del establecimiento de GEs, Órgano de Apelación y Árbitros. Tiene facultad para adoptar los informes que éstos emitan. Vigila la aplicación de las recomendaciones y resoluciones que figuran en dichos informes. Autoriza la suspensión de concesiones en caso de incumplimiento de esas recomendaciones y resoluciones.

Todo esto lo hace a través de un procedimiento con etapas procesales definidas. El procedimiento es en gran parte análogo al de un tribunal o corte de justicia. Sin embargo, se parte del principio de que los países afectados examinen sus problemas y resuelvan sus conflictos por sí solos. La primera etapa, es la celebración de consultas entre los gobiernos partes del conflicto y aun cuando el caso siga su curso y llegue a otras etapas, siempre es posible la celebración de consultas y la mediación.⁶⁰

En el marco de la OMC, se presume que una medida incompatible constituye un caso de anulación o menoscabo, porque toda transgresión de las normas del SMC será desfavorable para otros miembros que son Parte del acuerdo abarcado. Al miembro demandado le corresponde refutar la acusación en términos del art. 3⁶¹ del ESD.

Para resolver un caso, un miembro debe solicitar por escrito al OSD que se establezca un GE, indicar si ha celebrado consultas con la otra Parte, enunciar las medidas en litigio de manera concreta, presentar un abreviado exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

El GE que conoce del caso debe examinar la DS a la luz de las disposiciones jurídicas pertinentes que se hayan invocado, evaluar de manera objetiva los hechos y la aplicabilidad de los acuerdos pertinentes y de su

⁵⁹ El OSD está integrado por todos los gobiernos miembros, que están representados generalmente por embajadores o funcionarios de rango equivalente.

⁶⁰ OMC. *Una contribución excepcional*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm.

⁶¹ OMC. *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm, en adelante ESD.

conformidad con éstos. El GE debe consultar regularmente a las Partes, y darles la oportunidad de llegar a una solución mutuamente satisfactoria, para que esté en condiciones de formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar una resolución.

Durante el procedimiento, las Partes presentan alegaciones y réplicas. El GE examina los argumentos esgrimidos y formula constataciones y conclusiones. El Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas contenidas en el informe del GE. Los informes del Órgano de Apelación son adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las Partes, sin perjuicio del derecho de los miembros a exponer sus opiniones sobre los éstos.

Cuando un GE o el Órgano de Apelación concluyen respecto de la incompatibilidad de la medida en litigio, recomiendan al miembro afectado que ponga la medida en conformidad con el acuerdo abarcado. Pueden sugerir la forma de aplicación de las recomendaciones, pero sus constataciones y recomendaciones no podrán entrañar el aumento o reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados por la OMC.

El miembro afectado debe informar al OSD su propósito de aplicación de las recomendaciones y resoluciones, para lo cual podrá disponer de un plazo prudencial para hacerlo. Informará al OSD sobre el *status* de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones. En caso de incumplimiento, la *compensación* y la *suspensión* de concesiones son medidas temporales a las que se pueden recurrir.

En el marco de este procedimiento de solución de conflictos o diferencias, no sólo China ha sido constreñido a reformar su sistema normativo, sino también sus interlocutores comerciales más activos (los EUA, la UE, el Canadá, etc.) y con ello se ha marcado una nueva etapa de reformas principalmente en el sistema normativo chino en la esfera económica-comercial.

Desde 1995 al 19 de junio de 2019⁶² los países miembros de la OMC, han presentado ante el OSD 584 DS, en las cuales China ha estado involucrada en 235, lo que representa un 40.23⁰% del total de las DS presentadas. De este total en cuarenta y tres ocasiones, China ha intervenido como Demandado (23 con los EUA, 9 con la CE/UE, 4 con México, 3 con Canadá, 2 con Japón, 1 con Brasil y 1 con Guatemala). En veintidós ocasiones ha intervenido como Reclamante (15 con los EUA, 5 con las CE/UE, 1 con

⁶² Los datos son resultado de un conteo manual hecho el 19 de junio de 2019, con información obtenida de: OMC. *Diferencias por miembro*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm.

Grecia y 1 con Italia) y en ciento setenta y dos casos como Tercero, ya sea por infringir un acuerdo o su Protocolo de Adhesión, o porque algún miembro infringió un acuerdo en su perjuicio. Ver tablas 2 y 3.

Sin duda los cuatro países más participativos en los procedimientos del SSD, son los EUA, la UE, el Canadá y China. Las resoluciones que han emitido los GEs, el Órgano de Apelación o los Árbitros en cada uno de los litigios de estos miembros ya sea como reclamantes o demandados, han sentado precedentes muy importantes.

Las interpretaciones tanto de los GEs como del Órgano de Apelación respecto del derecho nacional de las Partes que intervienen en una DS, sus recomendaciones, y resoluciones han permitido generar un acervo jurisprudencial amplio y relevante, aplicable a las DS subsecuentes, no sólo en el marco del Derecho de la OMC, sino del Derecho Internacional en general (que incluyen todas sus especialidades principalmente en materia económica-comercial).

La experiencia litigiosa que han adquirido estos países ha sido fundamental para el buen desarrollo del sistema. A lo largo de la historia de los diversos OSD, se han desarrollado interpretaciones y aplicaciones de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay de una manera más integral. En el desarrollo de una DS, se pueden introducir varias modificaciones de redacción para mejorar la claridad y precisión de un informe o para corregir errores tipográficos u otros errores que no son de fondo (por sugerencia de las Partes). Esto lo hace peculiar.

La siguiente tabla muestra a los diez miembros de la OMC más activos en el SSD ya sea en calidad de reclamantes, demandados o terceros involucrados. Se observa que China ocupa el octavo lugar como “reclamante” junto con Argentina, tercer lugar como “demandado” y “tercero”.

TABLA 2
 STATUS DE LOS 10 PAÍSES CON MÁS DS EN EL OSD

Lugar	Miembro Reclamante	Número de casos	Miembro Demandado	Número de casos	Miembro Tercero	Número de casos
1	EUA	131	EUA	165	Japón	204
2	UE	102	UE	96	UE	199
3	Canadá	39	China	43	China	172
4	Brasil	34	India	30	India	158
5	Japón	26	Canadá	23	EUA	151
6	México	25	Argentina	22	Canadá	147
7	India	25	Rep., de Corea	18	Brasil	140
8	Argentina/China	22	Australia/Brasil	16	Rep., de Corea	127
9	Rep., de Corea	20	México/Japón	15	México	104
10	Tailandia	14	Indonesia	14	Argentina	62

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última actualización: 25 de junio de 2019.

Los EUA, la UE y el Canadá ya sea como reclamantes o Demandados, son los países con los que China ha sido Parte en un número considerable de DS. Estos tres miembros también han sido los protagonistas en el OSD. Los tres países cuentan con economías dinámicas, complejas y con una gran influencia en las economías y políticas comerciales de otros países con los que mantienen un comercio exterior e internacional activo. A continuación, se presentan algunas consideraciones económicas de estos miembros.

*Algunos datos sobre los EUA.*⁶³ EUA, es miembro inicial de la OMC. El “Decimocuarto Examen de las Políticas y Prácticas Comerciales de los EUA”

⁶³ Todos los datos de los EUA, que figuran en este apartado, pueden confrontarse en: OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. Estados Unidos*. Doc. WT/TPR/S/382, del 12 de noviembre de 2018, párr. 1, párr. 1.1, párr. 6, párr. 8, párr. 10, párr. 11 y párr. 27.

practicado en 2018, revela que los EUA tienen la mayor economía del mundo. Su economía está muy integrada a nivel mundial, cualquier cambio en ella tiene consecuencias de gran alcance para el mundo. Sigue siendo el mayor receptor de corrientes internacionales de capital.

La política comercial de los EUA, desde el 2016, se ha centrado en la adopción de políticas destinadas a respaldar su seguridad nacional y a fortalecer su economía, con la negociación y revisión de acuerdos comerciales de mejor calidad, y con ello cumplir sus derechos y leyes comerciales. Los EUA, han planteado la necesidad de reformas al interior del SMC de la OMC, con el objetivo de alcanzar acuerdos comerciales justos y recíprocos.

Los EUA son uno de los mayores exportadores e importadores del mundo, con bases diversificadas. La principal categoría de sus productos de exportación e importación en los últimos años han sido, las máquinas y aparatos, vehículos, los productos químicos y los productos minerales. Es uno de los principales productores y exportadores de bienes y servicios que llevan incorporada PI, y que está presente en un 60% aproximadamente de sus exportaciones de mercancías. La PI es fundamental para su crecimiento económico.

Sus principales interlocutores comerciales son la UE-28, China, el Japón, el Canadá y México. Los EUA, siguen siendo el mayor receptor mundial de IED, cuyas principales fuentes de IED en 2017 fueron la UE-28 (59%), el Japón (12%), el Canadá (11%) y Suiza (8%).

Los EUA tienen 14 acuerdos de libre comercio (ALC) vigentes con 20 países, que abarcan tanto el comercio de mercancías como el de servicios, excepto el ALC firmado con Israel (mercancías). En 2018, renegoció el Acuerdo de Libre Comercio entre los EUA y Corea (KORUS). Desde 2018, existen cuatro programas principales de preferencias unilaterales en los EUA: la Ley sobre Crecimiento y Oportunidades para África (AGOA), la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC), Ley sobre la Asociación Comercial de la Cuenca del Caribe (CBTPA) y el Programa de Preferencias Comerciales de Nepal (NTPP).

El 19 de junio del 2019,⁶⁴ se concluyó la re-negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), hoy sustituido por el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), con el objetivo de modernizarlo y de reducir su déficit comercial con sus interlocutores.

Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s382_s.pdf

⁶⁴ El Pleno del Senado de la República Mexicana, lo aprobó en sesión extraordinaria, con 114 votos a favor y 4 en contra, además de 3 abstenciones.

*Algunos datos sobre la UE.*⁶⁵ La UE es una economía grande y abierta, pero su evolución comercial y económica ha variado considerablemente de un Estado miembro a otro. La UE sigue siendo de vital importancia para el comercio mundial, al ser el segundo principal exportador e importador de mercancías, el mayor exportador e importador de servicios y el principal interlocutor comercial de 80 países. Es un importante destino y fuente de inversiones.

En octubre de 2015, la Comisión Europea hizo pública una nueva política de comercio e inversión “Comercio para todos” rumbo hacia una política de comercio e inversión más responsable, con el objeto de respaldar la expansión de las cadenas de valor mundiales, el comercio de servicios y el comercio electrónico.

La UE, ha seguido negociando acuerdos comerciales, que abarcan el comercio de bienes y servicios, la PI, la inversión, la contratación pública, el acceso a la energía y las materias primas, las cuestiones aduaneras y la facilitación del comercio, la competencia y la cooperación en el ámbito de la reglamentación. La UE y sus Estados miembros, son participantes activos en la OMC. La evolución de sus políticas generales y específicas y de su economía afecta a muchos otros países. Por consiguiente, las políticas de comercio e inversión de la UE son importantes para otros países y para el SMC.

*Algunos datos sobre el Canadá.*⁶⁶ En 2017 el Canadá era la décima economía más grande del mundo. Se posicionó como el doceavo mayor exportador de mercancías. Pasó del puesto 11 al 12 entre los principales importadores. Fue el décimo octavo mayor exportador de servicios comerciales del mundo (incluido el comercio intra-UE) y el décimo cuarto mayor importador de servicios comerciales en 2017. Es uno de los países a la cabeza del comercio de una serie de servicios comerciales.

Durante el periodo del 2014-2018, la economía canadiense se caracterizó por un crecimiento moderado del producto interno bruto (PIB). Cuenta con una economía diversificada y sofisticada. El sector de los servicios representó alrededor del 70% del PIB. Es uno de los principales productores

⁶⁵ Todos los datos de la UE, que figuran en este apartado, pueden confrontarse en: OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. Unión Europea*. Doc. WT/TPR/S/357, del 17 de mayo de 2017, párr. 1, párr. 2, párr. 3 y párr. 19. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s357_s.pdf.

⁶⁶ Todos los datos del Canadá, que figuran en este apartado, pueden confrontarse en: OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. Canadá*. Doc. WT/TPR/S/389, del 17 de abril de 2019, párr. 1.1, párr. 1.4, párr. 1.5, párr. 1, párr. 2, párr. 3, párr. 5 y párr. 6. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s389_s.pdf.

mundiales de diversos recursos naturales, como madera, petróleo, gas, minerales y menas. El sector manufacturero en el PIB se mantuvo constante, en el 10,4%, mientras que en 2018 el sector de la minería representó casi el 8% del PIB. La agricultura, la energía y la minería siguen siendo importantes motores de su comercio y política comercial.

Canadá tiene una economía abierta. El comercio es su fuerza motriz. Sus importaciones y exportaciones equivalen aproximadamente al 65% del PIB. Entre las principales categorías de importación figuran las de maquinaria y aparatos mecánicos, vehículos y material de transporte, productos químicos y productos minerales (principalmente, del sector de la energía).

Los EUA acaparan una proporción considerable del comercio de mercancías y servicios del Canadá. El Canadá y los EUA tienen una relación económica profundamente integrada, su proximidad geográfica, las sofisticadas cadenas de suministro transfronterizo y la similitud de sus entornos empresariales han hecho que desde hace tiempo cada uno sea el principal interlocutor comercial del otro, por lo que el Canadá sigue dependiendo considerablemente del mercado de los EUA, aunque, durante el periodo de 2015-2018, aumentó el comercio bidireccional con China. También creció el comercio con México.

Durante el período de 2015-2018, la política comercial del Canadá se centró en diversificar el comercio internacional y la IED. También en aplicar un enfoque inclusivo al comercio, focalizado en la transparencia, los derechos laborales, el medio ambiente, las pequeñas y medianas empresas (pymes), las cuestiones de género y las poblaciones autóctonas.

*Algunos datos sobre China.*⁶⁷ China es miembro activo de la OMC. Su economía durante el periodo de 2016-2018, siguió siendo uno de los principales motores del crecimiento económico mundial. El crecimiento de su PIB real se ha ido moderando a medida que la economía se ajusta a la “nueva normalidad”,⁶⁸ que supone unas tasas de crecimiento más estables, con una

⁶⁷ Todos los datos de China, que figuran en este apartado, pueden confrontarse en: OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. China*. Doc. WT/TPR/S/375, del 06 de junio de 2018, párr. 1 al párr. 3, párr. 6 al párr. 10, párr. 14, párr. 16 al párr. 18, párr. 22 al párr. 24, párr. 26, párr. 29 al párr. 31, párr. 33 y párr. 35. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s375_s.pdf

⁶⁸ La expresión “nueva normalidad” proviene de una declaración que hizo en 2014 Xi Jinping, Secretario General del Partido Comunista de China. Señaló que China estaba alcanzando una “nueva normalidad”. El término se ha venido utilizando para referirse a las previsiones de tasas de crecimiento del 7% en un futuro previsible. Es una indicación de la previsión del Gobierno de un crecimiento económico moderado, pero tal vez más estable a medio y largo plazo.

redistribución de los factores que contribuyen al crecimiento, que pasan de la inversión al consumo, de la demanda externa a la interna y de las manufacturas a los servicios. El exceso de capacidad en algunos sectores de la energía, las manufacturas y la ayuda implícita a las EPE han aumentado a lo largo de varios años.

Los principales destinos de las exportaciones de sus mercancías fueron: los EUA, la UE, Hong Kong (China), el Japón y la República de Corea. Conjuntamente, estos mercados representaron aproximadamente el 60% de todas las exportaciones. Las importaciones de China tuvieron su origen principalmente en: los EUA, la UE, la República de Corea, el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu (el Taipei, Chino.), el Japón y los países de la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN).

En el marco del Decimotercer Plan Quinquenal (2016-2020), China tiene el propósito de: a) proseguir el proceso de reforma estructural de su economía, b) promover la participación del sector privado en la economía y la reforma de las empresas estatales, con preponderancia en la propiedad pública, c) promover la competencia, para aumentar la participación del capital privado en la banca y la ampliación de la oferta de servicios financieros, y d) adoptar tipos de cambio y de interés determinados en mayor medida por el mercado.

En 2016, el PBOC adoptó un enfoque para la política monetaria más basado en el mercado. Mantiene un régimen de tipo de cambio flotante dirigido que toma como referencia una cesta de monedas.

China es uno de los principales receptores de IED del mundo. Hong Kong (China) fue el mayor inversor en China, con más del 80%, seguido de las Islas Vírgenes Británicas, Singapur y las Islas Caimán. Los sectores que recibieron más IED fueron el manufacturero, el inmobiliario, los servicios de arrendamiento financiero y los servicios prestados a las empresas y el comercio mayorista y minorista. Los principales destinos de las salidas de IED de China, son Hong Kong (China), los EUA, las Islas Caimán, y las Islas Vírgenes Británicas. Las inversiones se dirigen a los servicios de arrendamiento financiero y los servicios prestados a las empresas, el sector bancario y manufacturero y el comercio mayorista y minorista.

El Catálogo de Sectores para la Orientación de la IE, sigue siendo el principal instrumento de orientación de la IED en China. En él, se clasifican las categorías de sectores en los que se alienta, permite, alienta, restringe o prohíbe la IED. Las inversiones en empresas chinas podrían estar sujetas a exámenes de seguridad nacional.

- La categoría alentada comprende, sectores tales como: la industria manufacturera avanzada, la alta tecnología, el ahorro energético y la protección del medio ambiente y los servicios modernos, en las regiones central y occidental, donde los proyectos se pueden beneficiar de políticas favorables.
- La categoría permitida comprende: la refinería y distribución de petróleo. La IED en gas de lutita y gas metano de yacimientos de carbón se liberalizó en el Catálogo de Inversiones de 2017. China está reformando su mercado de la electricidad, liberalizando los precios para los clientes que cumplen ciertos requisitos, creando organismos para su comercialización, liberalizando la distribución minorista y separando la distribución de energía de su generación.
- La categoría restringida incluye: la prospección y explotación de tipos de carbón especiales o raros y de grafito, así como la fundición y separación de tierras raras y la fundición de tungsteno, la energía eléctrica, la construcción y operación de redes de transmisión y distribución.
- La categoría prohibida incluye: la prospección y explotación de tungsteno, molibdeno, estaño, estibina, fluorita, tierras raras y minerales radiactivos.

El volumen del comercio de China abarcado por ALC sigue siendo escaso, pero podría aumentar si prosperan algunas de las negociaciones y revisiones con sus socios más importantes. Las medidas *antidumping* han estado orientadas sobre todo hacia el Japón, los EUA, la UE y la República de Corea.

Las importaciones, al igual que los productos fabricados en el país, están sujetas al IVA. Se aplica un impuesto sobre el consumo, a productos que representan un riesgo para la salud humana, el orden público y el medio ambiente, los bienes suntuarios, los productos que consumen mucha energía, los productos con un alto grado de elaboración, y los productos del petróleo no renovables y no reemplazables, cosméticos y los automóviles de lujo.

Los impuestos a la exportación se aplican sobre todo a los metales y los minerales. Los exportadores tienen derecho a desgravaciones del IVA, normalmente inferiores al IVA pagado.

China, eliminó las disposiciones⁶⁹ que se solapaban con la Ley Antimonopolio, a través de una enmienda a su Ley de Represión de la Competen-

⁶⁹ Disposiciones que prohibían que las empresas de servicios públicos y las empresas monopolísticas exigieran a los consumidores que compraran productos designados, así como las

cia Desleal, que entró en vigor el 1° de enero de 2018. Introdujo disposiciones para evitar las actividades de competencia desleal realizadas por medios digitales a través de Internet. Aplica a nivel central y provincial controles de los precios de los productos y servicios que se considera que tienen una repercusión directa en la economía nacional y en los medios de subsistencia de la población. La participación del Estado en la economía sigue siendo considerable. El Estado sigue siendo accionista mayoritario en 99 de las 100 mayores empresas cotizadas en Bolsa.

La observancia de los DPI sigue siendo un problema importante en China, por lo que ha seguido reforzando su observancia, tanto a nivel administrativo como a nivel judicial. El Tribunal Supremo del Pueblo (TSP) estableció 11 tribunales adicionales especializados en DPI en varias ciudades.

China es el mayor consumidor de energía del mundo. Importa entre el 16% y el 18% de toda la energía que consume. El carbón es un recurso abundante en China y relativamente barato, pero su disminución, sigue representando un porcentaje muy elevado (62% en 2016) de la combinación primaria de fuentes energéticas. Se pretende que para 2020, la proporción de energías no fósiles en el consumo total de energía primaria sea del 15% aproximadamente, la proporción del consumo de gas natural sea del 10% y las emisiones de dióxido de carbono por unidad de PIB se reduzcan entre un 40% y un 45% en comparación con 2005.

En cuanto a las telecomunicaciones, China introdujo en noviembre de 2016 una nueva Ley de Ciberseguridad, entre otras cosas, para garantizar la seguridad de la red y salvaguardar la soberanía del ciberespacio, la seguridad nacional y los intereses públicos de la sociedad. También ha hecho más estricta la aplicación de la legislación existente relativa a la prohibición (en el caso de los particulares) o la limitación (en el caso de las empresas extranjeras) del uso de redes privadas virtuales (VPN) para acceder a Internet.

La prestación de servicios jurídicos por empresas extranjeras en China está limitada a las oficinas de representación, excluye el derecho chino y prohíbe que las empresas extranjeras contraten juristas chinos calificados, a menos que estos renuncien a su título profesional. Las personas extranjeras no pueden presentarse al examen nacional para juristas. En China hay 287 oficinas de representación extranjeras, que operan en once provincias.

Los datos presentados, reflejan que las economías de los EUA, la UE, el Canadá y China, son de las más importantes del mundo. Todas ellas guardan una estrecha relación en su comercio internacional e IED. En este

disposiciones sobre las licitaciones colusorias.

contexto, complejo, dinámico y trascendente de sus relaciones económico-comerciales, China no sólo se ha conectado a nivel comercial, sino también a través de un número considerable de litigios sustanciados ante el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (SSD), como se pudo observar en la tabla 2 y la tabla 3 que se presenta *infra*.

La siguiente tabla muestra en la primera columna, el año en que se presentó un litigio en el marco del SSD de la OMC. La segunda columna muestra la clave de la DS (caso) asignada al litigio que inicia con las letras DS que significa diferencia o caso, seguido de un número que por lo regular consta de tres dígitos, que refleja el número de DS (Demando/Reclamante) del total de las DS que sustancian ante el OSD. La tercera columna, expresa el total de casos (China-Demandado). Lo mismo aplica para la cuarta y quinta columna que muestra los casos de China como Reclamante.

TABLA 3
 CASOS POR AÑO DE CHINA COMO DEMANDADO Y RECLAMANTE
 EN EL ESD-OMC

Año	DS-China-Demandado	Total	DS-China-Reclamante	Total
2002	---	---	DS252	1
2004	DS309	1	---	---
2006	DS339, DS340 y DS342	3	---	---
2007	DS358, DS359, DS362 y DS363	4	DS368	1
2008	DS372, DS373, DS378, DS387 y DS388	5	DS379	1
2009	DS390, DS394, DS395 y DS398	4	DS392, DS397 y DS399	3
2010	DS407, DS413, DS414 y DS419	4	DS405	1
2011	DS425 y DS427	2	DS422	1
2012	DS431, DS432, DS433, DS440, DS450, DS451 y DS454	7	DS437, DS449 y DS452 (UE, Italia y Grecia)	5
2013	DS460	1	DS471	1
2014	DS483	1	---	---
2015	DS489 y DS501	2	DS492	1
2016	DS508, DS509, DS511 y DS517	4	DS515 y DS516	2
2017	DS519	1	---	---

2018	DS542, DS558, DS549 y DS568	4	DS543, DS544, DS562, DS563 y DS565	5
2019	---		---	
Total:	---	43	---	22

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: OMC. Lista cronológica de las diferencias. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última consulta: 19 de junio de 2019.

El año que se presentaron más reclamaciones en contra de China fue el año 2012 con siete DS; le siguió el año 2008 con cinco DS; y los años 2007, 2009, 2010 y 2016 con cuatro DS. Los años en que China ha presentado más reclamaciones en contra de miembros de la OMC, fue el año 2018 con cinco DS; le siguen los años 2009 y 2012 con tres DS.

Los Acuerdos que más han invocado los miembros de la OMC para demandar a China por incumplimiento son: Acuerdo *Antidumping*, Acuerdo MIC, Acuerdo SMC, Acuerdo sobre Agricultura, Acuerdo Sobre Normas de Origen, ADPIC, AGCS, GATT de 1994 y Protocolo de Adhesión. Los sectores, ramas de la producción y productos objeto del litigio, son:

- *Agricultura*. Empresas comercializadoras de productos de pollo de engorde, empresas exportadoras en general de productos agrícolas y productores agropecuarios.⁷⁰
- *Textil*. La producción y exportación de prendas de vestir y productos textiles.⁷¹
- *Servicios*. Servicios de empresas productoras nacionales e importadoras de circuitos integrados, servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, servicios de información extranjera, servicios de información financiera, servicios de pago electrónico, plataformas de servicios comunes de comercio exterior, servicios de PI.⁷²
- *Automotriz*. Empresas que adquieren equipos de fabricación nacional utilizados en proyectos de IE y empresas de importación en

⁷⁰ Ver. DS511 (2016), DS517 (2016), DS427 (2011), DS390 (2009), DS387 (2008) y DS388 (2008).

⁷¹ Ver. DS451 (2012).

⁷² Ver. DS309 (2004), DS362 (2007), DS363 (2007), DS372 (2008), DS373 (2008), DS378 (2008), DS413 (2010), DS489 (2015) y DS542 (2018).

general. Empresas de exportación de partes de automóviles. Ramas de producción de automóviles y partes de automóviles y sector automovilístico.⁷³

- Otros:⁷⁴
- Empresas que fabrican equipos de energía eólica.
- Productores de aluminio primario.
- Empresas exportadoras de diversas materias primas (bauxita, coque, espato flúor, magnesio, manganeso, carburo de silicio, silicio metal, fósforo amarillo y cinc) también de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno.
- Sector de las aeronaves de producción nacional.
- Empresas de exportación de varias formas de antimonio, cobalto, cobre, grafito, plomo, magnesia, talco, tantalio y estaño.
- Empresas exportadoras de hierro y acero inoxidable.
- Empresas importadoras de acero magnético laminado plano de grano orientado
- Empresas de exportadoras de aparatos de rayos X para inspecciones de seguridad.
- Empresas importadoras de pasta de celulosa.

Los Acuerdos más invocados por incumplimiento por parte de países miembros en perjuicio de China, son: Acuerdo *Antidumping*, Acuerdo de Agricultura, Acuerdo MIC, Acuerdo MSF, Acuerdo SMC, Acuerdo sobre la OMC, Acuerdo sobre Salvaguardias, GATT de 1994 y Protocolo de Adhesión. Los sectores, ramas de la producción o en su caso productos chinos afectados por miembros de la OMC:

Productos de acero:⁷⁵

- Alambre de acero inoxidable
- Barras acabadas en frío
- Barras de acero inoxidable
- Barras de refuerzo

⁷³ Ver. DS339 (2006), DS340 (2006), DS342 (2006), DS358 (2007), DS359 (2007), DS440 (2012) y DS450 (2012).

⁷⁴ Ver. DS394 (2009), DS395 (2009), DS398 (2009), DS407 (2010), DS407 (2010), DS414 (2010), DS419 (2010), DS425 (2011), DS431 (2012), DS432 (2012), DS433 (2012), DS454 (2012), DS454 (2012), DS483 (2014), DS501 (2015), DS508 (2016), DS509 (2016) y DS519 (2017).

⁷⁵ Ver. DS252 (2002), DS379 (2008), DS397 (2009) y DS422 (2011).

- Barras laminadas en caliente
 - Láminas de acero
 - Productos de acero fundidos con estaño
 - Tubos soldados de acero, accesorios al carbono y aleados
 - Varillas de acero inoxidable
 - Elementos de fijación de hierro o acero
 - Acero laminado en caliente
 - Hojas de sierra de diamante
- Otros productos:⁷⁶
- Papel sin pasta mecánica de madera y estucado
 - Llantas neumáticas, para vehículos de pasajeros y camionetas
 - Calzado de cuero
 - Energía renovable
 - Aves de corral y productos de carne de aves de corral
 - Camarones de aguas cálidas congelados

TABLA 4
 ACUERDOS INVOCADOS EN EL OSD

Acuerdos invocados para demandar a China	Acuerdos invocados por China para demandar a miembros
Acuerdo <i>Antidumping</i>	Acuerdo <i>Antidumping</i>
Acuerdo MIC	Acuerdo MIC
Acuerdo de Agricultura	Acuerdo de Agricultura
Acuerdo SMC	Acuerdo SMC
GATT de 1994	GATT de 1994
Protocolo de Adhesión	Protocolo de Adhesión
Acuerdo Sobre Normas de Origen	-----
ADPIC	-----
AGCS	-----
-----	Acuerdo MSF
-----	Acuerdo sobre la OMC
-----	Acuerdo sobre Salvaguardias

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de la revisión de todos los litigios en los que China forma parte.

⁷⁶ Ver. DS368 (2007), DS379 (2008), DS392 (2009), DS399 (2009), DS405 (2010), DS422 (2011), DS452 (2012) y DS492 (2015).

Una de las formas de vigilar que cada país cumpla con sus obligaciones es a través del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC). Los exámenes son realizados por el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales con arreglo a normas y procedimientos especiales. Los exámenes consisten fundamentalmente en evaluaciones realizadas entre los miembros, aunque buena parte del trabajo de preparación fáctico corre a cargo de la Secretaría de la OMC. La frecuencia con que se realiza el examen en cada país va a depender del nivel de su participación en el comercio mundial.⁷⁷

Desde la adhesión de China a la OMC, al año 2018, se le han realizado siete exámenes⁷⁸ de sus políticas comerciales cada dos años, el próximo se realizará en el año 2020. A los EUA, también se la han realizado cada dos años exámenes, lleva un total once.⁷⁹ El próximo se realizará también en el año 2020. Al Canadá se le han realizado ocho exámenes⁸⁰ de sus políticas comerciales, el último se realizó del 12 al 14 de junio de 2019. Respecto de la UE, el último examen se realizó del 5 y 7 de julio de 2017, con un total de ocho exámenes.⁸¹ Como CE se le realizaron tres exámenes en las siguientes fechas, 6 y 8 de abril de 2009, 26 y 28 de febrero de 2007; y 25 y 27 de octubre de 2004.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO CHINO

Las normas que rigen el comercio internacional, forman parte del objeto de estudio del Derecho Internacional Público (DIP). Su abordaje, nos acerca a dos niveles normativos: 1) las normas nacionales chinas y 2) las del SMC. La teoría monista afirma que el orden jurídico internacional prevalece respecto

⁷⁷ OMC. *Exámenes de las políticas comerciales*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/tp_rep_s.htm#bycountry.

⁷⁸ El primero fue del 19 y 21/04/2006, le siguió el del 21 y 23/05/2008, luego el del 31 de mayo de y 2 de junio de 2010, posterior el del 12 y 14/06/2012, el ante penúltimo fue el 1 y 3/07/2014, el penúltimo fue el 20 y 22/07/2016 y el último del 11 y 13/07/2018.

⁷⁹ Las siguientes fechas corresponden a los once exámenes de los EUA: 17 y 19/12/2018, 19 y 21/12/2016, 16 y 18/12/2014, 18 y 20/12/2012, 29 de septiembre de y 1 de octubre de 2010, 9 y 11/06/2008, 22 y 24/03/2006, 14 y 16/01/2004, 14 y 17/09/2001, 12 y 14/07/1999 y 11 y 12/11/1996.

⁸⁰ Los otros siete se realizaron en las siguientes fechas. 15 y 17/06/2015, 20 y 22/06/2011, 21 y 23/03/2007, 12 y 14/03/ 2003, 13 y 15/12/2000, 15 y 19/12/1998, 18 y 19/11/1996.

⁸¹ Las fechas de los demás exámenes son: 6 y 8/07/2015, 16 y 18/07/2013, 6 y 8/07/2011, 24 y 26/07/2002, 12 y 14/07/2000, 25 y 26/11/1997 y 24 y 25/07/1995.

de las normas nacionales, sin embargo, esta afirmación depende en gran manera de la interpretación normativa del tribunal competente.

El acervo jurisprudencial de la OMC, juega un papel relevante, en él están contenidos los criterios, enfoques e interpretaciones de los acuerdos de la OMC, y del derecho nacional de los miembros involucrados en una DS. Se ha considerado que objetivamente, un miembro está normalmente en condiciones de explicar el significado de sus propias leyes, pero si una de las partes ofrece una interpretación particular o distinta de la disposición nacional como medida en litigio, esa parte debe demostrar que su interpretación es correcta. En este sentido los Grupos Especiales, examinan e interpretan la norma nacional a fin de determinar su conformidad con las obligaciones de China en virtud del Acuerdo invocado en una DS. Esta actividad crea expectativas entre los miembros de la OMC.

La jurisprudencia está contenida en los Informes de los GEs y del Órgano de Apelación. Su papel es relevante, por lo que se constituye en una de las fuentes más importantes del derecho comercial internacional de la OMC. Los informes del Órgano de Apelación y de los Grupos Especiales que se han considerado pertinentes para resolver un asunto en concreto, y que han creado expectativas legítimas entre sus miembros.

En este contexto, la interpretación de las normas comerciales del sistema jurídico de China, representa una actividad compleja para los GEs y el Órgano de Apelación. El sistema jurídico chino es dinámico y cambiante. Su interacción con las normas del SMC, ha sido compleja y en muchas ocasiones difícil de entender para sus interlocutores comerciales. La dificultad para comprender, interpretar y aplicar las normas multilaterales se acentuaron, posterior al ingreso de China a la OMC, por lo menos en materia económico-comercial.

Paolo, Davide Farah explica que este ingreso, confrontó a China con un marco global basado en ciertos estándares internacionales que subrayaban la importancia de la transparencia y del concepto occidental del Estado de Derecho, que hasta cierto punto habían sido históricamente ajenos a China. Afirma que la visión china del Derecho está conformada por su legado ecléctico, con conceptos autóctonos (Confucianismo y Legalismo), conceptos legales occidentales tras las Guerras del Opio y durante el periodo de gobierno de Chiang Kai-Shek, el impacto del Derecho soviético y el pensamiento jurídico socialista con la llegada del Partido Comunista al poder en 1949.⁸²

⁸² Davide Farah, Paolo, p. 228, citado en la nota 12.

En este sentido, la concepción del derecho chino no es sencilla, su carácter híbrido desde su conformación, la hace compleja, y complicada para los países occidentales. China es uno de los principales actores del comercio mundial (además los EUA, el Canadá y la UE) esto la obliga a mantener un sistema normativo armonizado con el resto de sus interlocutores comerciales, con cierta celeridad.

La convergencia de las normas contemporáneas chinas con las normas internas de sus interlocutores comerciales, las normas del SMC y las normas del derecho internacional, siguen en continuo, manifestando incompatibilidades y problemas de interpretación (no tan agudo como en los primeros años de su ingreso a la OMC). Las incompatibilidades normativas son parte del proceso de recepción y asimilación de las normas multilaterales e internacionales en el sistema jurídico chino.

Oropeza García, ha comentado que la construcción del nuevo sistema legal chino, nace ante la necesidad de brindar desarrollo a su población, a través de un nuevo relacionamiento y la necesidad de construir nuevos puentes y lenguajes en el que aparece de manera especial el *derecho* como idioma indispensable para el mantenimiento de sus relaciones económicas en un diálogo global y abierto.⁸³

Li Lin afirmó:

El sistema jurídico chino se encuentra abierto y en desarrollo [...] transformándose en diferentes etapas. El futuro de China proseguirá con la emisión de nuevas normas jurídicas y con modificaciones a las leyes existentes, con el fin de mejorar continuamente su sistema jurídico.⁸⁴

El sistema jurídico chino ha estado abierto desde el primer emprendimiento de reformas estructurales lo que ha favorecido los procesos de armonización de sus normas internas con las normas de DIP en especial con las del SMC. Sin embargo, en 2014, Torroja y Àngels, afirmaron, que China continúa siendo un país en desarrollo y sus reformas de mercado son incompletas, con esfuerzos para acercar más su economía a las fuerzas del mercado, en definitiva, un país de oportunidades pero también con grandes retos.⁸⁵

⁸³ Oropeza García, Arturo (coord.), *Introducción, México China. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, IJ-UNAM, 2008, p.19.

⁸⁴ Li, Lin, "Historia del Derecho chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo", en: Oropeza García, Arturo (coord.), *México China. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, IJ-UNAM, 2008, p.36.

⁸⁵ Cfr. Torroja, Helena y Pelegrín, Àngels. "Capítulo introductorio ¿qué lugar ocupa China en el actual tablero (político) internacional?", pp. 8 y 9, http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/*/china/p9/WW/vid/664355441.

Aunque la afirmación de Torroja y Ángeles no es novedosa, es cierta, en razón de la parte normativa. El derecho chino está en constante transformación. En este libro de carácter introductorio a la solución de conflictos comerciales de China en el marco de la OMC, se afirma que las normas económicas y comerciales de China están en constante conformación, discusión, actualización e incluso interpretación. También están en un proceso complejo de armonización, unificación y uniformación con las normas occidentales de sus principales interlocutores comerciales. Dicha afirmación es constatable, a través de una revisión detallada de los Informes adoptados por el OSD.

De una consulta de la literatura relativa a aspectos normativos de China y del análisis de los casos que se describen en este libro y que se seguirán planteando en los siguientes tomos, se aprecian dos procesos de reformas: 1) la primera oleada, se dio durante una etapa preparatoria de su ingreso a la OMC de 1986-2001 (en realidad existen varias oleadas dentro de esta etapa) y 2) la segunda, la posterior a su ingreso a esta organización mundial, ya en el marco del OSD, del 2001 a la fecha (2018 y posiblemente los siguientes años).

Es en la segunda etapa, cuando se empezaron a constatar las primeras incompatibilidades normativas y a emitir los primeros criterios jurisprudenciales al interior del OSD, respecto de la normativa china. En este periodo se pone a prueba el cumplimiento efectivo de todos sus compromisos asumidos ante la OMC.

Sin embargo, en este contexto, de continuas reformas y de comercio dinámico, en este libro nos centramos en el conjunto de incompatibilidades normativas que han sido la fuente de reformas a las normas administrativas chinas, con el inicio de dos casos a manera de introducción. Las interpretaciones y constataciones de incompatibilidad normativa de los GEs y el Órgano de Apelación han hecho visible la existencia de colisiones entre los distintos niveles normativos del sistema jurídico chino, y de éstos con los Acuerdos de la OMC.

Las constataciones e interpretaciones contenidas en los Informes de los GEs y del Órgano de Apelación adoptados por las Partes surgen como una fuente dinámica de transformación relativamente rápida del sistema de normas administrativas del derecho chino vinculadas con las normas comerciales del DIP.

Por esta razón, en el siguiente apartado, se aborda la jurisprudencia relacionada con las incompatibilidades normativas más relevantes constatadas por los GEs y confirmadas por el Órgano de Apelación, respecto de los casos DS339, DS340 y DS342: China-Medidas que afectan a las

importaciones de partes de automóviles y DS362: China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. Las interpretaciones y constataciones constituyen una orientación para los todos los miembros de la OMC, en circunstancias parecidas.

A lo largo de una revisión de los dos casos (uno de ellos constituye la agrupación de tres diferencias) que se plantean en este libro (a manera de introducción) y los que se seguirán presentando en los subsecuentes tomos para dar continuidad al análisis de casos de China ya sea como Reclamante o como Demandado, reflejan una prevaencia de las normas del SMC respecto de las normas comerciales chinas por *incompatibilidad*. Existe una desarmarización total o parcial sustantiva y adjetiva de las normas chinas con los acuerdos abarcados por la OMC.

Las incompatibilidades de la normativa china, desde nuestro punto de vista son comprensibles, porque, atienden a un contexto de economía planificada con métodos capitalistas, frente a un proteccionismo capitalista, principalmente de países desarrollados que son sus principales interlocutores comerciales: EUA, Canadá, y la UE.

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

Este objetivo, está acorde a los postulados de la teoría monista más antigua que postula la superioridad del DIP frente al derecho nacional. Los conflictos entre las normas de DIP y el derecho nacional se deben solucionar mediante la anulación o no aplicación del derecho nacional. La teoría monista más moderna sostiene que los conflictos entre las normas de DIP y las del derecho nacional no privan a las normas nacionales de su validez jurídica, pero si obligan a los Estados a ponerlas fuera de vigor cuando se encuentren en contradicción con las del DIP.⁸⁶

A continuación, se presentan los nombres de los casos, su clave y la fecha de la celebración de consultas:

⁸⁶ S.N.A. *Derecho internacional público*, IJ-UNAM, p. 68, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3262/9.pdf>

TABLA 5
 CHINA “RECLAMANTE” VS. EUA

Caso	Inicio	Nombre del caso “Título abreviado”
China vs. EUA (22 casos)		
DS252	26/03/2002	EUA-Salvaguardias sobre el acero.
DS368	14/09/2007	EUA -Determinaciones preliminares antidumping y en materia de derechos compensatorios sobre el papel sin pasta mecánica de madera, estucado, procedentes de China.
DS379	19/09/2008	EUA -Derechos antidumping y compensatorios (China).
DS392	17/04/2009	EUA -Aves de corral (China).
DS399	14/09/2009	EUA -Neumáticos (China).
DS422	28/02/2011	EUA -Camarones y hojas de sierra.
DS437	25/05/2012	EUA -Medidas compensatorias (China).
DS449	17/09/2012	EUA -Medidas compensatorias y antidumping (China).
DS471	03/12/2013	EUA -Métodos antidumping (China).
DS515	12/12/2016	EUA -Medidas relacionadas con los métodos de comparación de precios.
DS543	04/04/2018	EUA -Medidas arancelarias sobre determinados productos procedentes de China.
DS544	05/04/2018	EUA -Productos de acero y aluminio (China).
DS562	14/08/2018	EUA -Medida de salvaguardia sobre las importaciones de productos fotovoltaicos de silicio cristalino.
DS563	14/08/2018	EUA -Determinadas medidas relacionadas con la energía renovable.
DS565	23/08/2018	EUA -Medidas arancelarias sobre determinados productos procedentes de China II.

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: Diferencias por miembro. En: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última consulta: 25 de junio de 2019.

TABLA 6
 CHINA “RECLAMANTE” VS. CE/UE

China vs. CE/UE (5 casos)		
DS397	31/07/2009	CE-Elementos de fijación (China)
DS405	04/02/2010	Unión Europea-Calzado (China)
DS452	05/11/2012	UE-Determinados Estados Miembros-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable.
DS492	08/04/2015	UE- Carne de aves de corral (China)
DS516	12/12/2016	UE-Métodos de comparación de precios
China vs. Italia y Grecia (2 casos)		
DS452	05/11/2012	UE y determinados Estados Miembros-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable
DS452	05/11/2012	UE y determinados Estados Miembros-Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: Diferencias por miembro. En: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última consulta: 25 de junio de 2019.

TABLA 7
 CHINA “DEMANDADO” POR LOS EUA

Caso	Inicio	Nombre del caso
EUA vs. China (23 casos)		
DS309	18/03/2004	China-Impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados.
DS340	30/03/2006	China-Partes de automóviles
DS358	02/02/2007	China-Impuestos
DS362	10/04/2007	China-DPI
DS363	10/04/2007	China-Publicaciones y productos audiovisuales
DS373	03/03/2008	China-Medidas que afectan a los servicios de información financiera y a los proveedores extranjeros de información financiera.
DS387	19/12/2008	China-Donaciones, préstamos y otros incentivos.

DS394	23/06/2009	China-Materias primas
DS413	15/09/2010	China-Servicios de pago electrónico
DS414	15/09/2010	China-GOES
DS419	22/12/2010	China-Medidas relativas a los equipos de energía eólica
DS427	20/09/2011	China-Productos de pollo de engorde
DS431	13/03/2012	China-Tierras raras
DS440	05/07/2012	China-Automóviles (EUA)
DS450	17/09/2012	China-Determinadas medidas que afectan a las ramas de producción de automóviles y partes de automóviles.
DS489	11/02/2015	China-Bases de demostración
DS501	08/12/2015	China-Medidas fiscales relativas a determinadas aeronaves de producción nacional.
DS508	13/07/2016	China-Materias primas II (EUA)
DS511	13/09/2016	China-Productores agropecuarios
DS517	15/12/2016	China-Contingentes arancelarios
DS519	12/01/2017	China-Subvenciones a los productores de aluminio primario
DS542	23/03/2018	China-DPI
DS558	16/07/2018	China-Derechos adicionales

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: Diferencias por miembro. En: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última consulta: 25 de junio de 2019.

TABLA 8
 CHINA “DEMANDADO” POR LAS CE/UE

CE/UE vs. China (9 casos)		
DS339	30/03/2006	China-Partes de automóviles
DS372	03/03/2008	China-Medidas que afectan a los servicios de información financiera y a los proveedores extranjeros de información financiera
DS395	23/06/2009	China-Materias prima
DS407	07/05/2010	China-Derechos antidumping provisionales sobre determinados elementos de fijación de hierro y acero procedentes de la UE

DS425	25/07/2011	China-Aparatos de rayos X
DS432	13/03/2012	China-Tierras raras
DS460	13/06/2013	China-Tubos de altas prestaciones (UE)
DS509	19/07/2016	China-Materias primas II (UE)
DS549	01/06/2018	China-Determinadas medidas relativas a la transferencia de tecnología

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: Diferencias por miembro. En: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última consulta: 25 de junio de 2019.

TABLA 9
 CHINA “DEMANDADO” POR MÉXICO, CANADÁ, JAPÓN,
 GUATEMALA Y BRASIL

México vs. China (4 casos)		
DS359	26/02/2007	China-Impuestos
DS388	19/12/2008	China-Donaciones, préstamos y otros incentivos
DS398	21/08/2009	China-Materias primas
DS451	15/10/2012	China-Medidas relativas a la producción y exportación de prendas de vestir y productos textiles
Canadá vs. China (3 casos)		
DS342	13/04/2006	China-Partes de automóviles
DS378	20/06/2008	China-Medidas que afectan a los servicios de información financiera y a los proveedores extranjeros de información financiera
DS483	15/10/2014	China-Pasta de celulosa
Japón vs. China (2 casos)		
DS433	13/03/2012	China-Tierras raras
DS454	20/12/2012	China-Tubos de altas prestaciones (Japón)
Guatemala vs. China (1 caso)		
DS390	19/01/2009	China-Donaciones, préstamos y otros incentivos
Brasil vs. China (1 caso)		
DS568	16/10/2018	China-Determinadas medidas relativas a las importaciones de azúcar

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida de: Diferencias por miembro. En: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Última consulta: 25 de junio de 2019.

TERCERA PARTE

CASOS DS339, DS340 Y DS342. CHINA-MEDIDAS QUE AFECTAN A LAS IMPORTACIONES DE PARTES DE AUTOMÓVILES

I. INTRODUCCIÓN GENERAL A CASO

En esta DS se exponen las alegaciones, argumentos e interpretaciones de los “Reclamantes-Apelados” (CE, EUA y Canadá), así como de China en calidad de “Demandado-Apelante”. Se pone especial énfasis en las interpretaciones y constataciones del GE y el Órgano de Apelación. Ambos realizaron sus respectivos análisis en remisión a las alegaciones de los reclamantes y Apelados.

Las CE⁸⁷ y los EUA,⁸⁸ el 30 de marzo de 2006, y posteriormente el Canadá,⁸⁹ el 13 de abril de 2006, solicitaron la celebración de consultas con China, con respecto a la imposición por parte de este país, de medidas

⁸⁷ DS339. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas.* Docs. WT/DS339/1, G/L/770, G/TRIMS/D/22 y G/SCM/D67/1, del 3 de abril de 2006. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁸⁸ DS340. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos.* Docs. WT/DS340/1, G/L/771, G/TRIMS/D/23 y G/SCM/D68/1, del 3 de abril de 2006. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds340/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds340/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁸⁹ DS342. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Solicitud de celebración de consultas presentada por el Canadá.* Docs. WT/DS342/1, G/L/774, G/TRIMS/D/24, G/RO/D/5 y G/SCM/D70/1, del 19 de abril de 2006. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds342/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds342/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

que afectaban negativamente a las exportaciones de partes, componentes y accesorios de vehículos automóviles procedentes de estos tres miembros.

Las tres solicitudes se sustanciaron bajo un solo procedimiento, pero con la emisión de tres informes separados del GE y del Órgano de Apelación, para cada Reclamante. Los tres casos se registraron con la misma denominación: DS339, DS340 y DS342: “China-Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles”. Título abreviado: “China-Partes de automóviles”.

Las consultas entre estos cuatro miembros se celebraron en Ginebra los días 11 y 12 de mayo de 2006, con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Lamentablemente, las consultas no permitieron resolver la DS, y se procedió a solicitud de los reclamantes a la constitución de un GE para resolverla.

El informe del GE fue apelado. El 22 de septiembre de 2008, China presentó una comunicación del apelante, con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas por el GE. El 10 de octubre de 2008, las CE, los EUA y el Canadá también presentaron comunicaciones del apelado. Finalmente, la DS fue resuelta por el Órgano de Apelación, las conclusiones y recomendaciones se detallan *infra*.⁹⁰ La audiencia de la apelación se celebró los días 27 y 28 de octubre de 2008.⁹¹

El GE hizo una evaluación objetiva del sentido de las disposiciones específicas de las medidas en litigio que según las Partes consideraron incompatibles con los acuerdos invocados. El Órgano de Apelación, resolvió la impugnación de determinadas interpretaciones de esas disposiciones. Ambos tuvieron la finalidad de examinar y determinar la conformidad de las medidas en litigio con las obligaciones pertinentes establecidas en los Acuerdos abarcados por la OMC.

⁹⁰ DS339, DS340 y DS342. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Informes del Grupo Especial*. Docs. WT/DS339/R, WT/DS340/R y WT/DS342/R, del 18 de julio de 2008, p. 1. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) En adelante: “DS339, DS340 y DS342. Informes del GE”.

⁹¹ DS339, DS340 y DS342. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Informes del Órgano de Apelación*. Docs. WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R y WT/DS342/AB/R, del 15 de diciembre de 2008, párr. 12 y párr. 13. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) En adelante: “DS339, DS340 y DS342. Informes del Órgano de Apelación”.

La carga de la prueba recayó en los reclamantes como obligación inicial de establecer una presunción *prima facie*⁹² de incompatibilidad de las medidas en litigio, de conformidad con el criterio del Órgano de Apelación en el caso: *Estados Unidos-Camisas y blusas de lana*, que afirmó que la norma general por lo que respecta a la carga de la prueba es que ésta recae sobre la Parte, ya sea reclamante o demandada, que afirma una alegación o defensa en particular. Incumbe inicialmente al reclamante la carga de establecer una presunción *prima facie* de incompatibilidad de una medida con una disposición del Acuerdo de la OMC abarcado, antes de que la obligación de demostrar la compatibilidad de una disposición o de defenderla al amparo de una disposición excepcional, recaiga sobre la parte demandada. El Órgano de Apelación confirmó la mayoría de las constataciones del GE.⁹³

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO

Las medidas en litigio impugnadas por los reclamantes: CE, EUA y Canadá (ante el GE) o los Apelados (en apelación) consistieron en tres instrumentos jurídicos⁹⁴ de la legislación nacional de China que afectaban a las partes de automóviles importadas en China. No existía jerarquía jurídica entre ellas, al menos no en el sentido de que una prevaleciera sobre las demás, en caso de

⁹² Una presunción *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el GE, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante. La parte que afirma una alegación deberá presentar pruebas suficientes para fundar que su reclamación es legítima. Las pruebas necesarias para establecer una presunción de que una alegación es legítima necesariamente variarán de caso a caso. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.92 al párr. 7.95.

⁹³ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.92.

⁹⁴ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.1 al párr. 7.81 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 2, párr. 109 y párr. 111.

conflicto entre ellas. Las medidas adoptadas por China fueron: 1) la Orden No 8,⁹⁵ 2) el Decreto No 125⁹⁶ y 3) el Aviso No 4⁹⁷ (medidas en litigio).

Los reclamantes alegaron que las medidas: 1) imponían una *carga* a las importaciones de *partes de automóviles (en general) caracterizadas como vehículos automóviles completos*, y de manera específica sobre juegos de piezas CKD (completamente desmontados) y SKD (parcialmente desmontados), conforme a criterios estipulados en las medidas y 2) establecían un régimen reglamentario con prescripciones de procedimientos administrativos relacionados con esa carga (Decreto No 125 y el Aviso No 4).⁹⁸

Partes de automóviles sujetas a las medidas en litigio. Se consideraban partes de automóviles importadas caracterizadas como “vehículos completos”, cualquiera de los siguientes casos:⁹⁹

- Importaciones de juegos de piezas CKD o SKD, destinados al montaje de vehículos.
- Importación de: 1) un conjunto¹⁰⁰ correspondiente a la carrocería (incluida la cabina) y un conjunto de motor a los efectos del mon-

⁹⁵ *Orden No 8.* Orden de la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma No 8. Entró en vigor el 21 de mayo de 2004. Proporciona la base legal para la introducción del Decreto No 125 y el Aviso No 4. Encomendaba a la AGA (junto con otros departamentos gubernamentales competentes) que promulgara las medidas de gestión específicas para la importación de vehículos enteros y partes de automóviles. Estas normas fueron aplicadas mediante el Decreto No 125. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.2 al párr. 7.12 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 110.

⁹⁶ *Decreto No 125.* Conjunto de normas administrativas sobre la importación de partes de automóviles caracterizadas como vehículos completos, entró en vigor el 1º de abril de 2005. Establecía procedimientos para la supervisión y administración de las partes de automóviles que se importaban y seguidamente se montaban para formar determinados modelos de automóviles, y especificaba los criterios para caracterizar esas partes de automóviles como vehículos completos. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.13 al párr. 7.61 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 110.

⁹⁷ *Aviso No. 4.* Normas sobre la verificación de las partes de automóviles importadas caracterizadas como vehículos completos (Aviso Público de la AGA, No 4 de 2005, entró en vigor el 1º de abril de 2005. Proporcionaba detalles sobre las prescripciones y criterios de procedimiento a que se hacía referencia el Decreto No 125. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.13 al párr. 7.61 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 110.

⁹⁸ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.20 y párr. 7.21 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 109.

⁹⁹ Art. 21 y 22 del cap. IV del Decreto No 125. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.32, y párr. 7.83.

¹⁰⁰ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.33. Decreto No 125. Art. 22. Las partes de automóviles importadas se caracterizarán como conjuntos o sistemas en cualquiera de

taje de vehículos, 2) un conjunto correspondiente a la carrocería (incluida la cabina) o de un conjunto de motor, más un mínimo de otros tres conjuntos o sistemas, a los efectos del montaje de vehículos, y 3) un mínimo de cinco conjuntos o sistemas, distintos del conjunto correspondiente a la carrocería (incluida la cabina) y el correspondiente al motor, a los fines del montaje de vehículos.

- Cuando el precio total de las partes importadas representaran como mínimo un 60% del precio total de un vehículo completo del mismo modelo.

Las partes de automóviles podían clasificarse en los siguientes cuatro grupos de partidas del SA al nivel de 4 dígitos: 1) vehículos completos, 2) la carrocería y el chasis equipado con su motor, 3) partes y accesorios de vehículos automóviles y 4) partes y accesorios de vehículos automóviles. En conclusión, los productos en cuestión eran todas las partes de automóviles importadas que podrían estar sujetas a las medidas en litigio y comprendidas en estas cuatro categorías.¹⁰¹

Los reclamantes impugnaron ante el GE la compatibilidad de las medidas en litigio con varias disposiciones del GATT de 1994, el Acuerdo sobre las MIC, el Acuerdo SMC, el Protocolo de Adhesión de China y el Informe del GT sobre la Adhesión de China.¹⁰²

*Procedimientos para la caracterización e imposición de la carga: Descripción de las medidas en litigio respecto a las importaciones de partes de automóviles en general caracterizadas como vehículos automóviles completos.*¹⁰³

los siguientes casos: 1) importación de un conjunto completo de partes para el armado de conjuntos o sistemas, 2) importación de partes fundamentales o subconjuntos a los efectos de armar conjuntos o sistemas, siempre que la cantidad de las partes fundamentales o subconjuntos alcance o supere el nivel especificado en los anexos 1 y 2 o 3) cuando el precio total de las partes importadas represente como mínimo un 60% del precio total del correspondiente conjunto o sistema. Con arreglo al art. 21 del Decreto No 125 utilizaba los términos “conjuntos o sistemas”. A su vez, el art. 4 del Decreto No 125 contenía la lista de los 8 conjuntos: Las referencias de las presentes normas a conjunto o sistema comprendían a los conjuntos correspondientes a la carrocería (incluida la cabina), el motor, la transmisión, el propulsor, el eje propulsado y el bastidor, y los sistemas de dirección y de frenos. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.88.

¹⁰¹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.82 al párr. 7.86.

¹⁰² DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 1 y párr. 127.

¹⁰³ Las medidas en litigio se explicaban de manera más detallada en los párr. 7.1 al párr. 7.81 de los *Informes del GE*. En el último apartado de estos casos se describirá la inaplicabilidad de las medidas en litigio y la carga impuesta sobre juegos de piezas CKD y SKD.

- *Imposición de la carga.* Las medidas imponían una carga a los fabricantes de automóviles del 25% sobre las partes de automóviles importadas utilizadas en la fabricación, producción o montaje de determinados modelos de vehículos automóviles que se vendían en el mercado nacional chino, cuando estas partes eran *caracterizadas como vehículos completos* (Orden No 8) conforme a determinados criterios especificados en las medidas (Decreto No 125 y Aviso No 4). La carga se imponía después del montaje de los vehículos.¹⁰⁴

Las partes de automóviles importadas que no estaban *caracterizadas como vehículos completos*, estaban sujetas a derechos, a los tipos arancelarios correspondientes a las partes y componentes de automóviles consignados en la Lista de concesiones de China, del 10% en promedio. Esta Lista establecía partidas arancelarias separadas para los vehículos automóviles completos, determinadas categorías intermedias de partes de automóviles, y partes y componentes de vehículos automóviles.¹⁰⁵

- *Régimen reglamentario.* Se prescribían umbrales en relación con el tipo o valor de las partes de automóviles importadas utilizadas para montar modelos de vehículos específicos. Si estas partes alcanzaban o superaban estos umbrales, *todas* las partes importadas utilizadas para el montaje de ese modelo *eran caracterizadas como vehículos completos* y quedaban sujetas a la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio.¹⁰⁶

Las medidas establecían una serie de trámites y procedimientos administrativos con el objetivo de determinar si se aplicaba o no la carga, asegurar el rastreo y notificación de las partes de automóviles importadas. Las medidas contemplaban dos tipos de procedimientos: 1) autoevaluación positiva y 2) autoevaluación negativa. A continuación, se describen.

1) Autoevaluación positiva. Cuando un fabricante de automóviles en China quería empezar a producir un nuevo modelo de vehículo en el que incorporaría

¹⁰⁴ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.24, párr. 7.3 al párr. 7.39 y párr. 7.105 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 2, párr. 109 y párr. 111.

¹⁰⁵ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.24 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 2 y párr. 111.

¹⁰⁶ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 2, párr. 109 y párr. 111.

partes importadas y sería vendido en el mercado nacional chino, antes de iniciar la producción, debía:¹⁰⁷

*Paso 1. Realizar una autoevaluación.*¹⁰⁸ En la autoevaluación (aa. 21 y 22 del Decreto No 125) se determinaba si las partes de automóviles que se utilizarían en un determinado modelo de vehículo tenían las *características esenciales* de los vehículos completos y por tanto podían ser clasificadas como tales y en consecuencia sujetas a la carga del 25%. Los criterios se expresaban en función de determinadas combinaciones o configuraciones de partes importadas o del valor de las partes importadas utilizadas en la producción del vehículo. Las combinaciones eran las siguientes:

- El empleo de combinaciones específicas de *partes más importantes o conjuntos* que eran importados exigía que *todas* las partes importadas para ser utilizadas en la producción de ese modelo de vehículo fueran *caracterizadas como vehículos completos*. Varias combinaciones de conjuntos podían cumplir los criterios, por ejemplo: un conjunto correspondiente a la carrocería (incluida la cabina) y un conjunto de motor; o cinco o más conjuntos distintos de los conjuntos correspondientes a la carrocería (incluida la cabina) y el motor.
- La utilización, de partes importadas cuyo precio total representara como mínimo el 60% del precio total del vehículo completo también exigía que *todas* las partes importadas para ser utilizadas en ese modelo de vehículo se *caracterizaran como vehículos completos*. Las importaciones de juegos de piezas CKD o SKD también estaban caracterizadas como vehículos completos.

*Paso 2. Solicitar inclusión de modelo en el Boletín Público de Fabricantes y Productos del Sector de los Vehículos Automotores (Boletín Público) y Licencia de importación.*¹⁰⁹ Los resultados de la autoevaluación debían presentarse a la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (NDRC) y al Ministerio de Comercio (MOFCOM). Si el fabricante de automóviles hacía una *autoevaluación* positiva (si se determinaba que las partes importadas tenían las *características de ser esenciales*) debía *solicitar* a la NDRC la inclusión del

¹⁰⁷ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.40 al párr. 7.44 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 114.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 7.12, párr. 7.27 y párr. 7.29 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 114.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 7.45 y párr. 7.46 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 115.

modelo de vehículo en la lista del Boletín Público, que era obligatorio para producir y vender automóviles en China y a su vez *solicitar* al MOFCOM una licencia de importación para las partes que se utilizarían en el modelo de vehículo.

*Paso 3. Solicitar registro y constitución de fianza.*¹¹⁰ Una vez que el modelo de vehículo se incluía en la lista del Boletín Público, el fabricante debía solicitar a la Administración General de Aduanas (AGA) que registrara el modelo de vehículo. La AGA daba traslado de la solicitud a los departamentos gubernamentales competentes, incluida la oficina de aduanas del distrito a cargo de la zona donde se encontraba instalado el fabricante y, si la solicitud estaba completa, dicha oficina registraba al fabricante de automóviles y sus modelos de vehículos.

En esta etapa el fabricante de automóviles debía constituir en la oficina de aduanas del distrito una fianza por derechos de aduana, que se calculaba sobre la base de la cantidad y el valor previstos de las partes de automóviles que se importarían cada mes. Las partes de automóviles se importaban *bajo fianza*, lo que significaba que estaban sujetas a una garantía financiera (fianza por concepto de derechos de aduana), así como a prescripciones permanentes de rastreo y notificación impuestas al fabricante que las importaba.

*Paso 4. Iniciar proceso de importación.*¹¹¹ El fabricante de automóviles podía entonces empezar a importar las partes que se utilizarían en la producción de su nuevo modelo de vehículo registrado, al amparo de una licencia de importación que indicaba que estaban *caracterizadas como vehículos completos*, debían declararse por separado en la oficina local de aduanas del distrito, y había que facilitar otra documentación pertinente.

*Paso 5. Inicio de producción y solicitud de verificación.*¹¹² Una vez iniciada la producción del modelo de vehículo pertinente, y en el plazo de 10 días

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 7.48 al párr. 7.52, párr. 7.54 y párr. 7.55 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 117 y párr. 118.

¹¹¹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 118.

¹¹² El Centro de Verificación debía realizar la verificación y expedir el informe en el plazo de un mes, aunque en la práctica este proceso pudiera durar de 30 días a varios años. El fabricante podía producir y vender el modelo de vehículo en espera del informe de verificación. La verificación era realizada por un *equipo especial de verificación* constituido por tres o cinco expertos en automóviles e incluía la inspección del vehículo físico y la presentación de

contados desde la producción de la primera serie de esos vehículos, el fabricante de automóviles debía presentar una solicitud de verificación a la AGA, que realizaría el Centro de Verificación y éste expediría un informe de verificación.

*Paso 6. Presentar declaración de derechos pagaderos.*¹¹³ No más tarde del décimo día hábil del mes siguiente a aquel en que se hubiera expedido el informe de verificación, el fabricante de automóviles debería presentar a la oficina de aduanas del distrito una declaración de los derechos pagaderos y documentación adicional respecto de todos los vehículos completos pertinentes montados a partir del momento en que comenzó la producción del modelo de vehículo hasta el final del mes en que se expidió el informe de verificación.

La oficina de aduanas del distrito clasificaba las partes de automóviles como vehículos completos y percibía el *derecho* y el IVA de importación correspondiente a todas las partes de automóviles importadas utilizadas en el montaje de esos vehículos completos. Es este *derecho* el que constituía la *carga* impuesta en virtud de las medidas en litigio.

*Paso 7. Presentar declaración periódica de los derechos.*¹¹⁴ El fabricante, dentro de los 10 primeros días hábiles de cada mes, debería presentar una declaración de los *derechos* y aportar la documentación justificativa respecto de los vehículos completos de los modelos de vehículos pertinentes montados en el mes anterior, con lo cual la oficina de aduanas del distrito clasificaba todas las partes utilizadas en la producción de estos vehículos como *vehículos completos* y percibirá el *derecho*. Este proceso continuaba, al menos que se solicitara una nueva verificación.

Cuando las partes importadas utilizadas en la producción de un modelo de vehículo cumplían los criterios establecidos en las medidas en litigio, la carga del 25% y las prescripciones establecidas en las medidas se aplicaban respecto de *todas* las partes importadas utilizadas en el montaje del modelo de vehículo pertinente.

pruebas documentales. DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.56 al párr. 7.58 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 119.

¹¹³ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.59 al párr. 7.62 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 120.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 7.35 y párr. 7.36, párr. 7.59 al párr. 7.62, párr. 7.67 al párr. 7.69 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 120 y párr. 121.

Carecía de importancia que: *a)* las partes de automóviles *caracterizadas como vehículos completos* fueran importadas en múltiples expediciones (en momentos distintos, en distintas expediciones) de distintos proveedores y/o procedentes de distintos países- o en una sola expedición o que *b)* el fabricante de automóviles importara por sí mismo las partes o las obtuviera en el mercado nacional a través de un tercer proveedor, como un fabricante de partes de automóviles u otro proveedor de partes de automóviles.

No obstante, si un fabricante de automóviles compraba partes importadas a un tercer proveedor independiente, podría deducir de la carga del 25% debida, el valor de los derechos de aduana que hubiera pagado el tercero proveedor por la importación de esas partes, siempre que el fabricante pudiera aportar pruebas del pago de esos derechos de importación. Si se instalaban en el modelo de vehículo pertinente *partes opcionales* que eran importadas, el fabricante debería informar de esas partes opcionales al Centro de Verificación, presentar declaraciones en el momento de la instalación efectiva de las partes opcionales y pagar la carga del 25% sobre esas partes opcionales.

2) *Autoevaluación negativa*.¹¹⁵ Si la autoevaluación del fabricante de automóviles era negativa, el Centro de Verificación realizaría una revisión *in situ* para constatar la autoevaluación hecha por el fabricante. Para ser incluido en la lista del Boletín Público, el fabricante de automóviles debía presentar los resultados de la auto evaluación, así como el dictamen de la revisión efectuada por el Centro de Verificación que confirmaba el resultado negativo. A partir de ese momento, el fabricante no estaba sujeto a los distintos procedimientos que se describieron *supra*.

Limitaciones y excepciones contenidas en las medidas en litigio (casos especiales).¹¹⁶

En el procedimiento administrativo existían limitaciones y excepciones a la aplicación de las medidas en litigio y, por lo tanto, *no generaban* la carga del 25% establecida por éstas:

- *La nueva verificación informaba que ya no se alcanzaban los umbrales de las medidas en litigio*.¹¹⁷ Los fabricantes de automóviles podían solicitar

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 7.41 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 116.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 7.71 al párr. 7.81 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 122 al párr. 126 y párr. 176.

¹¹⁷ Si la nueva verificación indicaba que se alcanzaban los umbrales, las partes importadas y el modelo de vehículo pertinente serían administrados de conformidad con la aplicación

una nueva verificación de un modelo de vehículo, si los cambios en la configuración o las combinaciones de partes importadas utilizadas en la producción de un modelo de vehículo determinado daban lugar a un cambio en la determinación (por haber disminuido las combinaciones o el valor de las partes importadas en relación con las nacionales) y el Centro de Verificación expedía un informe de nueva verificación que indicaba que ya no se alcanzaban los umbrales, las medidas en litigio ya no se aplicarían a las partes importadas para producir el modelo de vehículo pertinente.

- *Cuando las partes importadas que habían sido caracterizadas como vehículos completos en la declaración presentada en el momento de la importación no se montaban/utilizaban en la fabricación de vehículos completos en un plazo de 12 meses.* El fabricante de automóviles debía declarar el pago de los derechos en un plazo de 30 días contados desde la expiración del plazo de un año y las autoridades aduaneras percibirían el derecho del 10% aplicable a las partes de automóviles importadas, y no del 25% que de otro modo se aplicaría en virtud de las medidas en litigio.
- *Cuando los fabricantes de automóviles o de partes de automóviles nacionales efectúan una elaboración sustancial de partes de automóviles importadas* (con exclusión de los conjuntos y subconjuntos), las partes de automóviles así fabricadas por esos fabricantes nacionales se consideraban partes de automóviles nacionales y, por lo tanto, no se contabilizaban para determinar si se habían alcanzado los umbrales y no estaban sujetas a la carga.
- *Los fabricantes de automóviles que importaban juegos de piezas CKD y SKD* de conformidad con el párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, los fabricantes de automóviles que importaban juegos de piezas CKD y SKD podían declararlos a la aduana encargada de la zona en que estaba establecido el fabricante y pagar los derechos en el momento de la importación. Aunque esta disposición concedía una exención al menos respecto de algunos aspectos de las medidas.

Casos especiales. Había por lo menos dos casos en que las partes en el momento de la importación eran caracterizadas como vehículos completos o

de las medidas en litigio, con la excepción de que era el informe de la nueva verificación el que debía presentarse a la aduana en el momento de la declaración de los *derechos* posterior al montaje.

declaradas como tales, que quedaban sujetas, a la carga impuesta por las medidas en litigio después del montaje de un vehículo:¹¹⁸

- cuando las partes de automóviles importadas se instalaban en un vehículo como *elementos opcionales* (es decir, si las partes no se mencionaron en el informe de autoevaluación o verificación porque no se las instalaba en los modelos básicos del vehículo de que se trataba), el fabricante debía dar cuenta de las opciones al Centro de Verificación y formular declaraciones a los efectos de pagar la carga en el momento de la instalación efectiva de las partes opcionales; y
- cuando, como consecuencia, de una *nueva verificación* por haber aumentado las combinaciones o el valor de las partes importadas en relación con las nacionales, se determinaba que *un modelo de vehículo que antes no cumplía los criterios establecidos por las medidas en litigio había pasado a cumplirlos*, las partes importadas utilizadas en la producción o montaje de ese modelo debían declararse después del montaje y quedan entonces sujetas a la carga.

III. EXAMEN DEL GE Y DEL ÓRGANO DE APELACIÓN. CUESTIÓN PRELIMINAR Y CARACTERIZACIÓN DE LA CARGA IMPUESTA POR CHINA

El GE determinó,¹¹⁹ resolver en primer lugar con carácter preliminar si la carga impuesta a los fabricantes de automóviles en virtud de las medidas en litigio constituía una *carga interior* (como sostenían los reclamantes) en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, o un *derecho de aduana propiamente dicho* (como sostenía China¹²⁰) en el sentido del párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994.

Párr. 2 del art. III del GATT de 1994:

¹¹⁸ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 175.

¹¹⁹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.105 y párr. 7.138 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 127.

¹²⁰ China no estableció la existencia de ninguna práctica pertinente ulteriormente seguida, en el sentido del párr. 3 b) del art. 31 de la *Convención de Viena* que avalase su interpretación de la expresión *derechos de aduana propiamente dichos*. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 128.

Art. III. Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores [...] 2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras *cargas interiores*, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.

Párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994:

Art. II. Listas de concesiones. 1. [...] b) Los productos enumerados en la primera parte de la lista relativa a una de las partes contratantes, que son productos de los territorios de otras partes contratantes, no estarán sujetos —al ser importados en el territorio a que se refiera esta lista y teniendo en cuenta las condiciones o cláusulas especiales establecidas en ella— a *derechos de aduana propiamente dichos* que excedan de los fijados en la lista. Dichos productos estarán también exentos de todos los demás derechos o carga de cualquier clase aplicados a la importación o con motivo de ésta que excedan de los aplicados en la fecha de este Acuerdo o de los que, como consecuencia directa y obligatoria de la legislación vigente en el territorio importador en esa fecha, hayan de ser aplicados ulteriormente.

El GE observó¹²¹ que una carga no podía ser al mismo tiempo un *derecho de aduana propiamente dicho* y un impuesto o *carga interior*. Para resolver esta cuestión preliminar, interpretó estas dos expresiones y yuxtapuso sus interpretaciones. Decidió que había que iniciar verificando cuál de las dos disposiciones (*supra*) era aplicable a las circunstancias de este caso. Para dar respuesta a esa cuestión siguió la siguiente fórmula: 1) examinar los elementos que diferenciaban esos dos tipos de cargas y luego 2) aplicar esos elementos a los aspectos concretos de la carga impuesta por las medidas en litigio, y con ello determinar en el marco de qué disposición debía analizarse. China apeló, respecto de la forma en que el GE, resolvió la *cuestión preliminar*.

El Órgano de Apelación, observó, que:¹²²

¹²¹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.105 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 127 al párr. 129, párr. 137 al párr. 139.

¹²² DS339, DS340 y DS342. *Informe del Órgano de Apelación*, párr. 137 al 139 y párr. 142 y párr. 159. CEE-Piezas y componentes (*Informe del GE del GATT*, párr. 5.4), Grecia-Impuestos sobre la importación (*Informe del GE del GATT*, párr. 5), Canadá-Monedas de oro (*Informe*

- El GE decidió de manera correcta examinar primero cuál de las dos disposiciones *supra* era aplicable a la carga impuesta y luego examinar los aspectos sustantivos de las alegaciones basadas en ambas disposiciones. Explicó que la evaluación en este orden permitía cumplir con su función de determinar la aplicabilidad de las disposiciones citadas por los reclamantes a las medidas impugnadas, además de que este orden había sido ya un criterio orientador (jurisprudencia) seguido por otros GEs.
- En casos anteriores se había analizado que “la estructura y lógica fundamental” de un acuerdo abarcado podía requerir que un GE determinara *si una medida estaba comprendida* en el ámbito de aplicación de una disposición o acuerdo abarcado, *antes* de evaluar su compatibilidad con cualquier obligación sustantiva establecida en un acuerdo abarcado, por lo que el GE adoptó un método de análisis que lo obligó a examinar el ámbito de aplicación de cada una de las dos disposiciones *supra*. El Órgano de Apelación manifestó su aprobación de ese criterio.

¿Carga interior (como la consideró el GE y los reclamantes) o un derecho de aduana *propriamente dicho* (como lo consideró China)? Una vez determinada la cuestión preliminar el GE empezó su análisis con la interpretación de estas dos expresiones. Primero examinó¹²³ la expresión *cargas interiores* en su sentido corriente, el contexto inmediato que proporcionaba la expresión *importados en el territorio*, a la luz del objeto y fin del GATT y la OMC¹²⁴ y; la jurisprudencia de este organismo que, a su juicio, respaldaría su interpretación.

El GE concluyó¹²⁵ que la obligación de pagar cargas interiores no nacía debido a la importación del producto en el momento mismo en que entraba en el territorio de otro miembro, sino debido a factores internos (por

del GE del GATT -no adoptado- párr. 49) y Argentina-Pieles y cueros (Informe del GE, párr. 11.139).

¹²³ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.198 y párr. 7.213 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 128.

¹²⁴ Velar por la seguridad y previsibilidad de los acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, mantener el valor de las concesiones arancelarias negociadas por un miembro con sus interlocutores comerciales y consolidadas en la Lista de ese miembro, etc.

¹²⁵ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.185, párr. 7.198 al párr. 7.213 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 129.

ejemplo, porque el producto se revendió o utilizó en el plano interno), que tenían lugar después de que el producto hubiera sido *importado* en el territorio de otro miembro. La condición de la mercancía *importada*, que no correspondía necesariamente a su condición en el momento de la *importación*, parecía ser el fundamento pertinente para establecer esa *carga interior*.

Respecto a la expresión *derechos de aduana propiamente dichos*, se examinó su sentido corriente en los textos de cuatro idiomas: Inglés, Chino, Francés y Español de manera simultánea, a todos los términos del tratado según hubieran sido utilizados en cada uno de los idiomas auténticos, y con ello dar cumplimiento a lo establecido en el párr. 3 del art. 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena).¹²⁶ También se examinó el contexto inmediato que proporcionaba la expresión *al ser importados*¹²⁷ y el que proporcionaba la frase *a la importación o con motivo de ésta*, relativa a *los demás derechos o cargas*.¹²⁸ Aunque la jurisprudencia de la OMC/GATT no ofrecía orientación sobre la definición exacta de la expresión “derechos de aduana propiamente dichos”, sin embargo, le parecieron útiles algunas orientaciones para su interpretación.¹²⁹

El sentido corriente de las palabras *al ser importados*, consideradas en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del GATT de 1994, conllevaba un *elemento estricta y precisamente temporal* que no podía pasarse por alto. Significaba que la obligación de pagar derechos de aduana propiamente dichos estaba vinculada al producto en el momento en que entrara en el territorio de otro miembro y que era sólo en ese momento, cuando nacía la obligación de pagar esa carga. Cualquier acto contemporáneo o ulterior del país importador para velar por la observancia, establecer o reestablecer, imponer o recaudar *derechos de aduana propiamente dichos* había de tener lugar sobre la base de la condición de la mercancía en ese momento. Un *derecho de aduana propiamente dicho* es una carga impuesta sobre productos, *al ser importados*.¹³⁰

Al respecto, el GE:¹³¹

¹²⁶ Art. 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. [...] 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

¹²⁷ De la primera frase del párr. 1 b) del art. II, del GATT de 1994.

¹²⁸ Que figura en la segunda frase del párr. 1 b) del art. II, del GATT de 1994.

¹²⁹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.192, párr. 7.139 al párr. 7.165 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 128.

¹³⁰ *Ibidem*, párr. 7.158, párr. 7.163 y párr. 7.168 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 129 y párr. 153.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 7.184 y párr. 7.185 al párr. 7.192 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 130, párr. 131 y párr. 153.

- Destacó los límites temporales de la primera oración del párr. 1 b) del art. II y subrayó que un criterio fundamental para que una carga pudiera constituir un *derecho de aduana propiamente dicho* con arreglo a esa disposición consistía en que se devengara en el momento de la importación.
- Observó que para lograr el objeto y fin de los aa. II y III del GATT de 1994 y del *Acuerdo sobre la OMC*, los miembros debían respetar los límites entre ambos artículos del GATT y resumió su interpretación de las dos expresiones en cuestión, de la siguiente manera: Si la obligación de pagar una carga no se basa en el producto en el momento de la importación, esa carga no podrá ser un *derecho de aduana propiamente dicho* es por el contrario, una *carga interior* con respecto a la cual la obligación de pagar se basa en factores internos.

Una vez que el GE interpretó las dos expresiones, identificó algunas características de la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio que tuvieron importancia especial a efectos de su caracterización jurídica y constatación de incompatibilidad, mismas que fueron aprobadas por el Órgano de Apelación como se explicará en los siguientes párrafos. Las características fueron:¹³²

- La obligación de pagar la carga nacía en el plano interno después de que las partes de automóviles habían entrado en el territorio aduanero de China y se habían montado/utilizado en la fabricación de vehículos automóviles.
- La carga se imponía a los fabricantes de automóviles y no a los importadores en general.
- La imposición de la carga a “partes específicas importadas” se basaba en las *otras* partes importadas o nacionales utilizadas conjuntamente con ellas, al montar un modelo de vehículo, y no en dichas partes en el momento de la importación.
- La carga se imponía sobre la base de la forma en que las partes de automóviles importadas se *utilizan*, es decir, *no* sobre la base de las partes de automóviles tal como entraban, sino sobre la base de qué otras partes procedentes de otros países u otros importadores o partes de fabricación nacional se utilizaran posteriormente junto con esas partes importadas para montar un modelo de vehículo.

¹³² DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 132, párr. 172 y párr. 173.

- Partes importadas idénticas que se importaban al mismo tiempo en el mismo contenedor o buque pudieran estar sujetas a cargas de distinta cuantía en función de que el modelo de vehículo en cuya producción se utilizarían posteriormente, cumplirían o no los criterios establecidos en las medidas.

Basándose en su interpretación de *derechos de aduana propiamente dichos* y *cargas interiores* y una vez identificadas las características de las medidas en litigio y la carga impuesta por China, el GE llegó a la siguiente conclusión: la carga impuesta a los fabricantes de automóviles era una *carga interior* en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, en consecuencia, la carga impuesta en virtud de las medidas era incompatible con la primera frase del párr. 2 del art. III del GATT de 1994.¹³³

China apeló¹³⁴ *contra la caracterización que hizo el GE respecto de la carga impuesta*. A su juicio, el GE llegó a su constatación sobre la base de una interpretación errónea de la primera oración del párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994, porque, China consideraba que la carga impuesta en virtud de sus medidas era un *derecho de aduana propiamente dicho* y no una *medida interior*. En este sentido, sus medidas no eran incompatibles con el GATT de 1994 y argumentó que el GE incurrió en un error en dos sentidos:

- No tuvo en cuenta el contexto que constituían las reglas del SA de Designación y Codificación de Mercancías, en particular, la Regla 2 a) de las Reglas generales para la interpretación del SA (RGI 2 a)), ya que éstas permitían a las autoridades nacionales de aduana clasificar las partes de automóviles sin montar como un vehículo completo, incluso cuando las “partes de automóviles relacionadas” para su ulterior montaje llegaran en expediciones múltiples.
- No consideró que el párr. 1 b) del art. II, exigía claramente un análisis en dos etapas: 1) que las autoridades aduaneras determinaran cuál era el “producto” (con base a su *condición y estado*) y luego 2) a partir de esta determinación, aplicar los derechos de aduana propiamente dichos que corresponderían a ese producto.

¹³³ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.212, párr. 7.221 al párr. 7.223 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 133. El GE exceptuó de esta constatación la *carga* impuesta a los juegos de piezas CKD y SKD importados de conformidad con el párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125. Consideró que constituía un derecho de aduana propiamente dicho.

¹³⁴ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 1, párr. 3, párr. 14, párr. 134 y párr. 144.

Respecto del primer punto (inciso 1), China sostuvo¹³⁵ que el GE incurrió en error al interpretar y constatar que China no podía aplicar la RGI 2 a) a las partes de automóviles sin montar que entraban en su territorio aduanero en más de una expedición, cuando era posible demostrar que las partes *guardaban entre sí una relación patente debido a su montaje común para formar el mismo vehículo automóvil*. A su juicio, esta constatación se basó en tres errores: 1) al determinar el sentido corriente de la expresión *as presented* (como se presente) que figuraba en dicha regla, 2) al contradecir una decisión adoptada por el Comité del SA (la Decisión de 1995 del Comité del SA) y la explicación de esa Decisión por la Organización Mundial de Aduanas (OMA) en las respuestas a las preguntas formuladas por el GE y 3) al interpretar equivocadamente aspectos fundamentales de la historia de la negociación de la RGI 2 a). Al respecto, China:

- Sostuvo que la RGI 2 a) permitía a las autoridades aduaneras clasificar las colecciones de partes como equivalentes al artículo completo, con independencia de que se encontraran sin montar todavía en la frontera, es decir, con independencia de la forma en que cada importador optara por organizar su importación de partes desmontadas que en su integridad, tenían las *características esenciales* de un vehículo automóvil, incluso cuando esas partes entraran en el territorio aduanero en más de un momento o por más de un lugar (múltiples expediciones).
- Cuestionó la determinación hecha por el GE del sentido corriente de la expresión *as presented*, en la RGI 2 a), porque se apoyó en las definiciones que ofrecían los diccionarios para atribuir a esta expresión un significado temporal evidente: el momento en que se presentara un artículo ante la autoridad aduanera. Sin embargo, los diccionarios permitían comprobar que la expresión podía también significar la *forma* o el *procedimiento* por los cuales el importador gestionaba un acto formal, lo que sugería que la expresión podía referirse a la *forma* en que se documentaba una importación a los efectos de la clasificación aduanera.
- Destacó que la Decisión de 1995 representaba la única ocasión en que el Comité del SA había interpretado la expresión *as presented* en la RGI 2 a), y que se refería directamente a la cuestión de si ésta podía o no, y en qué casos, aplicarse a múltiples expediciones

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 23 al párr. 29.

de partes sin montar. La Decisión otorgaba discrecionalidad a las autoridades aduaneras nacionales para aplicar la RGI 2 a) a las expediciones múltiples en dos situaciones: 1) en el caso de las expediciones fraccionadas y 2) con respecto a la clasificación de productos montados a partir de elementos originarios o procedentes de distintos países.

- Mencionó la constatación del GE de que la referencia hecha por el Comité del SA, a los *envíos fraccionados* se limitaba “a una situación única en la que se tenía intención de que las partes y componentes importados fueran parte de un solo envío, pero después se dividieron en múltiples envíos por razones principalmente relacionadas con el transporte”. La respuesta de la OMA a las preguntas del GE acerca de la interpretación de *envíos fraccionados*, y el criterio expuesto allí de que la expresión podía referirse a *una serie de prácticas comerciales*, que incluía situaciones en que las partes destinadas a montar un artículo completo llegaban separadamente en múltiples envíos procedentes de distintos lugares, contradecían directamente esa constatación. Era evidente que al redactarse la RGI 2 a) quedaba entendido que los *envíos fraccionados* abarcaban los artículos importados sin montar, *aunque se transportasen en varios envíos*.
- Destacó, que a pesar de que esas limitaciones fueron *discutidas* en el Comité de Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera (el CCA) cuando se estaba redactando la RGI 2 a) en 1963, en definitiva, *no* se incluyeron en el texto de esa Regla, precisamente porque los redactores *tenían* el propósito de que la RGI 2 a) se aplicara a los productos importados para el montaje industrial, incluso en múltiples expediciones. La premisa de la interpretación del GE sobre el alcance limitado no sólo carecía de fundamento en la historia de la negociación de la Regla, sino que, en realidad, era contraria con la historia de esa negociación.
- Alegó que el GE invadió indebidamente la jurisdicción de la OMA e infringió el párr. 2 del art. 3 y el art. 11 del ESD al pretender resolver una cuestión conocida de interpretación interna del SA, que no era un acuerdo abarcado de la OMC.

Respecto del segundo punto (inciso 2). A juicio de China el SA, establecía las reglas por las que los miembros determinarían la *condición* o el *estado* de un producto en el momento de su importación (momento en que entraba en el territorio aduanero). Las reglas de clasificación no podían separarse de la cuestión de si las medidas en litigio imponían o no derechos de aduana propiamente

dichos.¹³⁶ La *clasificación* era el proceso mediante el cual las autoridades aduaneras determinaban la naturaleza e identidad de un producto concreto, y precedía necesariamente a la determinación del *derecho de aduana propiamente dicho* aplicable. De manera particular, China:¹³⁷

- Explicó que ni el GATT de 1994 ni ningún otro acuerdo abarcado prescribían normas o reglas para clasificar los productos a efectos del párr. 1 b) del art. II. Los acuerdos abarcados no se ocupaban de si un producto enteramente sin montar debía clasificarse como sus *partes* o como el *artículo completo*, ni facilitaban orientación acerca de los problemas de clasificación a los que se enfrentaban habitualmente las autoridades aduaneras.
- Sostuvo que el SA, establecía las normas para la clasificación de las partes y del artículo completo, que no se encontraban en el GATT de 1994, establecía las normas sobre formulación de decisiones para resolver una amplia gama de cuestiones de clasificación y que al negociar y consignar en Listas las concesiones arancelarias con referencia al SA, los miembros de la OMC interpretaron que las autoridades nacionales aplicarían esas normas de clasificación para determinar la identidad y el tipo de derecho aplicable al producto en la Lista de concesiones del miembro importador.
- Afirmó que el GE *sólo* podía haber determinado si la carga era un *derecho de aduana propiamente dicho* o una *carga interior* evaluando si la carga impuesta estaba relacionada con una clasificación válida del producto conforme a las reglas del SA, por lo que impugnó la decisión del GE de analizar la cuestión preliminar separadamente de la cuestión de la conformidad (compatibilidad) de las medidas con el párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994.
- Alegó que el supuesto error de interpretación del GE consistió en no haber tenido en cuenta debidamente el término *productos* del párr. 1 b) del art. II junto con las reglas del SA al interpretar la expresión *derechos de aduana propiamente dichos* de esa disposición del GATT de 1994. Afirmó que, las medidas en litigio imponían una

¹³⁶ De un vehículo automóvil completamente sin montar en particular para determinar la *condición* o el *estado* de las partes de automóviles cuando era posible demostrar que las partes guardaban entre sí una relación patente debido a su montaje común para formar el mismo vehículo automóvil. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 15, párr. 135 y párr. 154.

¹³⁷ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 15 al párr. 17, párr. 135, párr. 139 y párr. 145.

carga sobre la base de un método válido de clasificación del producto con arreglo al SA, por lo que la carga constituía un *derecho de aduana propiamente dicho* y no una *carga interior*.

- Sostuvo que la Regla RGI 2 a), permitía a las autoridades aduaneras nacionales clasificar las partes desmontadas o sin montar de automóviles como *vehículos automóviles* y no como sus *partes constitutivas* siempre que tuvieran las *características esenciales* de un vehículo automóvil y entraran en el territorio aduanero en una *sola expedición*, aun cuando el montaje se realizara necesariamente *después* del momento de la importación. Consideró que la carga que imponía se basaba en una aplicación válida de la RGI 2 a) a *expediciones múltiples* de partes y componentes cuya relación era patente debido a su montaje común para formar el mismo vehículo automóvil.

Al separar la cuestión preliminar de si la carga impuesta en virtud de las medidas era un *derecho de aduana propiamente dicho* de la cuestión de si el SA, permitía a China aplicar la RGI 2 a) a varias entradas de partes de automóviles, y al evaluar la naturaleza de la carga impuesta a las partes de automóviles en virtud de las medidas en litigio.

Por lo anterior, China solicitó,¹³⁸ al Órgano de Apelación que revocara la constatación del GE de que la carga impuesta a las partes de automóviles importadas en virtud de las medidas en litigio era una *carga interior* sujeta a las disciplinas del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, así como sus conclusiones y recomendaciones basadas en esa constatación, y que constatará, en lugar de ello, que era un *derecho de aduana propiamente dicho* en el sentido de la primera frase del párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994.

*Análisis del Órgano de Apelación. Respecto de la pertinencia del SA.*¹³⁹ El GE comenzó su análisis de la cuestión preliminar, empezando por el párr. 2 del art. III, pero el Órgano de Apelación decidió examinar en primer lugar el párr. 1 b) del art. II, porque la apelación de China estaba centrada en la supuesta interpretación errónea del GE de esta disposición. El GE había señalado, que el párr. 1 b) del art. II contenía *un elemento estricta y precisamente temporal* y que, si la obligación de pagar una carga no se basaba en el producto en el momento de la importación, esa carga no podría ser un *derecho de aduana propiamente dicho*.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 14, párr. 18 y párr. 19.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 143.

El Órgano de Apelación explicó¹⁴⁰ que los GE¹⁴¹ estaban obligados a interpretar las disposiciones de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas usuales de interpretación del DIP, codificadas en los aa. 31 y 32 de la *Convención de Viena*.¹⁴² En este sentido, la tarea de interpretación del GE, al tratar la cuestión preliminar, consistía en determinar el alcance y el significado del párr. 1 b) del art. II y del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, incluida la determinación del significado de la expresión *derechos de aduana propiamente dichos*, a fin de apreciar los tipos de cargas que podían constituir tales derechos.

En este contexto, el Órgano de Apelación:¹⁴³

- Indicó¹⁴⁴ que la tarea del intérprete de un tratado consistía en verificar el alcance del contexto, ya que éste sólo sería pertinente en la medida en que aclarara la cuestión interpretativa a resolver, como el significado de una expresión o frase. El contexto no sólo debía estar comprendido dentro de los límites formales indicados por la *Convención de Viena*, sino también debía tener alguna pertinencia respecto del texto a interpretar. Debía ayudar al intérprete a determinar el significado de ese texto.
- Señaló que, aunque el SA, no era formalmente parte del *Acuerdo sobre la OMC*, existía una estrecha vinculación entre este Sistema y los acuerdos abarcados. Antes, durante y después de las negociaciones de la Ronda Uruguay hubo un amplio consenso entre las Partes Contratantes del GATT para utilizar el SA como base para

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 145 y párr. 152.

¹⁴¹ Con arreglo al párr. 2 del art. 3 del ESD.

¹⁴² Párr. 2 del art. 31 de la *Convención de Viena* dispone: 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado [...]. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 150.

¹⁴³ Remitiéndose al caso *CE-Trozos de pollo*. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 146 al párr. 149 y párr. 155.

¹⁴⁴ Conforme a las reglas de interpretación de la Convención de Viena, el *contexto* incluye la totalidad del texto del tratado -en este caso, el Acuerdo sobre la OMC- y puede extenderse a todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, así como a todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 151.

la negociación de sus Listas de concesiones. Ese consenso constituyó un *acuerdo* entre los miembros.

Las Listas de concesiones de los miembros de la OMC se elaboraron utilizando la nomenclatura del SA, por lo que constituía un contexto, para aclarar el significado de las expresiones empleadas en ellas, es decir, para clasificar los productos de éstas, y para definir los productos comprendidos en ciertos acuerdos abarcados.

- Explicó que el SA, clasificaba productos en función de sus características, en consecuencia, el tipo arancelario aplicado, podía variar según la condición de los productos en el momento de la importación y como las distintas categorías de productos estaban sujetas a diferentes tipos arancelarios consolidados y efectivamente aplicados, la clasificación de un producto podía afectar a la cuantía de los derechos que se imponían. En consecuencia, las cuestiones relativas a la clasificación podían influir en alguna medida en la cuestión de si un miembro que aplicaba determinados derechos cumplía o no la obligación que le imponía el párr. 1 b) del art. II, de no aplicar derechos que excedan de los tipos consolidados establecidos en su Lista para el respectivo producto.

Pero la cuestión, de si un derecho, aplicado a un *producto* en virtud de su clasificación, estaba en conformidad con el párr. 1 b) del art. II, era distinta, respecto de si una *carga* estaba comprendida en la primera oración de este párrafo y no en el párr. 2 del art. III. No le resultó claro al Órgano de Apelación, de qué forma podían ser pertinentes las normas de clasificación respecto de esto último.¹⁴⁵

El SA, y las categorías de productos que contiene, no podían prevalecer sobre los criterios que figuraban en el párr. 1 b) del art. II y el párr. 2 del art. III, cuando distinguían una medida en frontera de una carga interior en el GATT de 1994.¹⁴⁶

En síntesis, el Órgano de Apelación consideró¹⁴⁷ que el SA, constituía un contexto pertinente en las cuestiones relativas a la clasificación de los productos ya que complementaba las Listas de concesiones de los miembros

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 164.

¹⁴⁷ *Idem.*

y confirmaba el principio general de que son *las características objetivas* del producto en cuestión, cuando se presentan para su clasificación en la frontera las que determinan su clasificación y, en consecuencia, los derechos de aduana aplicables. Sin embargo, no era un contexto pertinente respecto del problema de interpretación planteado: si una carga era un *derecho de aduana propiamente dicho* o una *carga interior*.¹⁴⁸

El SA, *no constituye un contexto pertinente* respecto de la cuestión preliminar ni para la evaluación del ámbito de aplicación que correspondía a los *derechos de aduana propiamente dichos* (primera oración del párr. 1 b) del art. II y a las *cargas interiores* en el párr. 2 del art. III del GATT de 1994) que debía efectuarse para dar respuesta a esa interrogante.¹⁴⁹

Respecto a las expediciones múltiples. El GE determinó,¹⁵⁰ que los redactores de la RGI 2 a) no tenían intención de que la Regla se aplicara a los casos de múltiples expediciones y se fundamentó en las negociaciones previas a la adopción de la RGI 2 a) que limitaron su alcance en dos sentidos: 1) no estaba destinada a aplicarse a la importación de partes y componentes para montaje industrial y 2) sus redactores tenían el propósito de que se aplicara principalmente a productos que el importador habría importado ya montados de no ser por dificultades de embalaje y transporte referentes a los respectivos productos montados.

El Órgano de Apelación entendió que el argumento de China acerca del contexto que supuestamente ofrecía el SA se basaba en la RGI 2 a)¹⁵¹ según China¹⁵² permitía a las autoridades aduaneras nacionales clasificar las partes o componentes sin montar como un artículo completo a pesar de que el montaje tuviera lugar *después* de que las partes hubieran entrado en el territorio aduanero del país importador y sostuvo que los países podían

¹⁴⁸ Si el problema planteado al GE hubiera sido si las partes de automóviles podían o no clasificarse, de conformidad con la Lista de concesiones de China, como vehículos completos, el GE habría tenido que interpretar las respectivas anotaciones de la Lista de China, y el SA habría constituido un contexto pertinente para esa labor. Pero *no era ése* el problema planteado al GE, al menos a esa altura de su análisis. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 149 y párr. 152.

¹⁴⁹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 166.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 28.

¹⁵¹ Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que éste presente las características esenciales del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, o considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 156.

¹⁵² DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 157.

aplicar la RGI 2 a), no sólo a las partes de automóviles que llegaban en una única expedición, sino también a partes que llegaban en múltiples expediciones (en ambos casos el montaje se efectuaba después de la entrada de las partes en el territorio aduanero) y que las cargas eran *derechos de aduana propiamente dichos*, porque estaban basadas en una adecuada determinación del producto sujeto a los derechos.

En este sentido el Órgano de Apelación:¹⁵³

- No advirtió error en la interpretación del GE por no basarse en la RGI 2 a), al resolver la cuestión preliminar de si la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio era un *derecho de aduana propiamente dicho* o una carga interior. El *derecho* de un miembro de la OMC de imponer un derecho de aduana, y la *obligación* de un importador de pagarlo, nacían en el momento mismo en que el producto entraba en el territorio aduanero del miembro, y en virtud del acto de importación.
- Explicó que eran las disposiciones del GATT las que prevalecían y definían las características pertinentes de los *derechos de aduana propiamente dichos* a los efectos de la OMC. Aunque el SA y la RGI 2 a) permitieran clasificar las partes de automóviles importadas en expediciones múltiples como vehículos completos sobre la base de su posterior montaje común, como sugirió China, este hecho por sí solo no afectaría al criterio que definía los derechos de aduana propiamente dichos en el párr. 1 b) del art. II.

Respecto del estado o condición del producto. En relación a este punto, el Órgano de Apelación:¹⁵⁴

- Explicó que las reglas de clasificación con arreglo a las cuales las autoridades aduaneras determinaban cuál era la partida arancelaria en que estaba comprendido el *producto* de que se trataba, según su *estado* o su *condición*, no eran pertinentes a la naturaleza del *derecho* mismo, porque no determinaban el *momento* en que nacía la *obligación* de pagar los derechos, sino solamente la *cuantía* de éstos.
- Explicó que el momento en que se *percibía* o *pagaba* una carga no determinaba si constituía un *derecho de aduana propiamente dicho* o una

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 158 y párr. 164.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 158, párr. 159 y párr. 162.

carga interior. Estos derechos podían percibirse *después* del momento de la importación, y las cargas interiores podían percibirse en el momento de la importación. Pero para que una carga constituyera un *derecho de aduana propiamente dicho* era preciso que la *obligación* de pagarla naciera en el momento y en virtud de la importación, en otras palabras, *al ser importados* los productos.

- Consideró (igual que el GE) que los adjetivos: *interior* e *importados*, sugerían que las cargas comprendidas en el ámbito de aplicación del art. III, eran cargas impuestas a mercancías que ya habían sido *importadas*, y que la obligación de pagar esas cargas nacía en virtud de un factor *interior*, algo que tenía lugar *dentro* del territorio aduanero y que la segunda oración del párr. 2 del art. III, hacía referencia expresa a los principios establecidos en el párr. 1 de ese artículo. Ha declarado que el párr. 1 del art. III, formula el principio general, que informa el resto del art. III, de que no deberían aplicarse medidas interiores de manera que *se proteja la producción nacional*.
- Observó que, además de las leyes, reglamentos y prescripciones que afectaban, en particular, a la venta y la oferta para la venta de productos importados en el mercado interior, el párr. 1 del art. III, también mencionaba específicamente las reglamentaciones cualitativas interiores que prescriban el uso de productos en cantidades o en proporciones determinadas entre los tipos de medidas que no debían aplicarse de manera que *se protegiera la producción nacional*, y esas medidas estaban sujetas a las disciplinas específicas del párr. 5 del art. III, que también constituía un contexto pertinente.
- Explicó que el párr. 2 del art. III, y su “Nota al art. III”, establecían que cuando una carga interior hubiera de ser percibida o impuesta, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación, esa carga sería, considerada como una *carga interior*, pero lo importante era que la *obligación* de pagar la carga naciera en virtud de un *hecho interior*, como la *distribución, venta, uso o transporte* del producto importado.

Esto llevó al Órgano de Apelación, como al GE, al criterio de que un indicador decisivo acerca de si una carga constituía una *carga interior* en el sentido del párr. 2 del art. III, era si la obligación de pagar esa carga nacía debido a un factor *interior* (por ejemplo, porque el producto ha sido *revendido* en el plano interno o porque el producto ha sido *usado* en el plano interno), en el sentido de que ese factor interior se manifestara *después de la importación* del producto

de un miembro en el territorio de otro miembro”. Observó¹⁵⁵ que el SA, no constituía un contexto pertinente a los efectos de la interpretación de la expresión *cargas interiores* del párr. 2 del art. III.

*Respecto de la expresión as presented.*¹⁵⁶ El GE subrayó en su constatación acerca del significado de *as presented*, en la RGI 2 a), y no parecía contradecir su constatación sobre el sentido de la expresión *al ser importado*, del párr. 1 b) del art. II. A juicio del Órgano de Apelación, aceptar que una carga impuesta sobre partes de automóviles después de su montaje para formar un vehículo completo y como consecuencia de ese montaje podía constituir un derecho de *aduanas propiamente dicho* supondría limitar considerablemente el alcance de las *cargas interiores* que estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párr. 2 del art. III del GATT de 1994.

Al respecto el Órgano de Apelación:¹⁵⁷

- Compartió la preocupación expresada por el GE en el sentido de que se menoscabaría la seguridad y previsibilidad de las concesiones arancelarias si pudiesen aplicarse derechos de aduana propiamente dichos *sobre la base de factores y hechos ocurridos en el plano interior y no en el momento de la importación* y en virtud de ella. Alteraría la estructura cuidadosamente negociada y equilibrada de los derechos y obligaciones fundamentales del GATT, incluidas las diferentes disciplinas impuestas a los *derechos de aduana propiamente dichos* y a las *cargas interiores*.
- Consideró que la determinación acerca de si una carga concreta estaba comprendida en el párr. 1 b) del art. II o en el párr. 2 del art. III del GATT de 1994 debía basarse en una interpretación adecuada de estas dos disposiciones, por lo que dedujo que el GE no incurrió en error al interpretar la expresión *derechos de aduana propiamente dichos*, de la primera oración del párr. 1 b) del art. II del GATT de 1994, sin basarse en las reglas del SA, en general ni en la RGI 2 a), en particular.

Criterios para determinar las características de una carga impuesta. Después de interpretar las expresiones *cargas interiores*, y *derechos de aduana propiamente dichos*, el GE aplicó esas interpretaciones a la *carga* que China imponía a las importa-

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 163.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 164 y párr. 165.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párr. 165 y párr. 166.

ciones de partes de automóviles, e identificó diversas características de esa carga y explicó la importancia de las características identificadas para la determinación, respecto de si la carga estaba comprendida en el ámbito de aplicación del párr. 2 del art. III o del párr. 1 b) del art. II.

El GE constató que la carga impuesta en virtud de las medidas estaba relacionada con el montaje interno de partes de automóviles para formar vehículos automóviles, por lo que concluyó que la carga era una *carga interior* en el sentido del párr. 2 del art. III del GAT'T de 1994.¹⁵⁸ En apelación, China adujo que el hecho de que el montaje de partes para formar un artículo completo tuviera lugar necesariamente *después* de que las partes hubieran entrado en el territorio aduanero no significaba que una carga percibida sobre esa base fuera una carga interior.

Al respecto el Órgano de Apelación:¹⁵⁹

- Consideró que la determinación acerca de si una carga concreta estaba comprendida en el párr. 1 b) del art. II o el párr. 2 del art. III, debía hacerse a la luz de las características de la medida y las circunstancias del caso y explicó que un GE debía: 1) estudiar minuciosamente la medida que se le había planteado, tanto en su *diseño* como en su *funcionamiento*, 2) determinar e identificar todas las características principales o esenciales pertinentes de la medida en cuestión, que definían su *centro de gravedad*,¹⁶⁰ 3) reconocer cuáles eran los rasgos que más representan la médula de la medida misma, y a cuáles debía atribuirse la mayor trascendencia a los efectos de caracterizar la carga y en consecuencia, 4) determinar debidamente las disciplinas a que estaban sujetas, en virtud de los acuerdos abarcados.
- Entendió que estos fueron precisamente los criterios adoptados por el GE respecto de las medidas en litigio y estuvo de acuerdo con el GE, respecto de la trascendencia jurídica de estas características. Las características fueron descritas *supra*.

¹⁵⁸ *Ibidem*, párr. 167.

¹⁵⁹ *Ibidem*, párr. 170 al párr. 173.

¹⁶⁰ El Órgano de Apelación explicó que no era sorprendente, que una misma medida presentara algunos rasgos que sugirieran que estaba comprendida en el ámbito de aplicación del párr. 1 b) del art. II y otros que la hacían pensar como una medida comprendida en el párr. 2 del art. III. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 171.

Había otras características de la carga impuesta por China que el GE reconoció y que respaldaron su caracterización como una *carga interior*, la principal de ellas era la circunstancia de que no era la declaración presentada en el momento de la importación lo que determinaba si se había de aplicar la carga, *sino la declaración para el pago de derechos formulada después del montaje o producción de los vehículos completos*.

Quedaba ilustrado con máxima elocuencia por la hipótesis de que un fabricante de automóviles no importaba las partes directamente, sino que las compraba a un tercero independiente, para que se las suministrara dentro de China. Este tercero importaba y declaraba las partes de automóviles en la frontera y pagaba un derecho del 10%, pero esas mismas partes podían quedar sujetas después a la carga del 25% (impuesta después del montaje) si se las vendía a un fabricante de automóviles y se montaban para formar un modelo de vehículo que cumplía los umbrales establecidos por las medias en litigio.¹⁶¹

El GE, identificó¹⁶² algunas características de las medidas en litigio que podrían haber sugerido que la carga que imponía China, era un *derecho de aduana propiamente dicho*, por ejemplo que las medidas en litigio: 1) empleaban expresiones habitualmente reservadas para las referencias a los *derechos de aduana propiamente dichos*, 2) estaban objetivamente relacionadas con la administración y la exigencia del cumplimiento de las disposiciones arancelarias de China para los vehículos automóviles, 3) aludían que las partes importadas directamente por un fabricante de automóviles quedaban sujetas a control aduanero hasta después del montaje o producción del respectivo modelo de vehículo y 4) estaban junto con la carga administradas principalmente por las autoridades aduaneras de China.

El GE, consideró que ninguna de estas características, ni en su conjunto, eran *determinantes* respecto de la cuestión de la caracterización jurídica de la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio. El Órgano de Apelación, no vio ningún error en el método seguido por el GE y tomando sucesivamente cada uno de estos criterios observó¹⁶³ lo siguiente:

- Que la manera en que el derecho interno de un miembro caracterizara sus propias medidas, aunque útil, no podía ser determinante de su caracterización con arreglo a las normas de la OMC, en

¹⁶¹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 174.

¹⁶² *Ibidem*, párr. 177.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 178.

consecuencia, la intención de los legisladores, declarada o no, no era concluyente respecto de esa caracterización.

- Que con respecto al supuesto *control aduanero permanente* de las partes importadas sujetas a la carga impuesta, el GE reconoció que se consideraba que las partes importadas por fabricantes de automóviles permanecían sujetas a medidas de garantía, es decir estaban bajo control aduanero permanente. Pero el GE también constató que las autoridades aduaneras no imponían el depósito material de esas partes de automóviles ni ninguna otra restricción de su empleo en el mercado interno, por lo que la prescripción de garantía resguardaba las obligaciones financieras.
- Con respecto a la administración de las medidas en litigio por las autoridades aduaneras, el Órgano de Apelación recordó que, además de la AGA, había otros organismos del Gobierno de China que tenían una función respecto de esas medidas. Por ejemplo, la NDRC, el MOFCOM y el Ministerio de Hacienda tenían asignadas ciertas responsabilidades respecto de la administración de las medidas en litigio.

Al respecto el Órgano de Apelación:¹⁶⁴

- Observó que algunos de los argumentos formulados por China en apelación confundían lo que el GE constató y lo que no constató, respecto de las medidas en litigio. El GE *no* constató, como sugirió China, que el mero hecho de que el montaje de las partes para formar un vehículo completo debía tener lugar necesariamente *después* de que las partes habían entrado en el territorio aduanero y que sobre esto se basara para concluir que la carga percibida constituyera una carga interior. Lo que si constató el GE es que la *obligación* de pagar la carga *nacía en el plano interno después* de que las partes de automóviles habían entrado en el territorio aduanero de China y se habían montado/utilizado en la fabricación de vehículos automóviles.
- Consideró que el GE identificó correctamente las características de las medidas en litigio pertinentes a la caracterización de la carga que imponían como un *derecho de aduana propiamente dicho*, y la caracterización de la carga que imponían como una *carga interior*. El GE no

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 179 al párr. 182.

incurrió en error en su apreciación del peso comparativo y la trascendencia que correspondía asignar a esas diversas características, ni en su caracterización de la carga como una *carga interior*.

- Concluyó que el GE no cometió ningún error en su método de análisis respecto de: 1) la cuestión preliminar y 2) su interpretación de: *derechos de aduana propiamente dichos, cargas interiores* y de los criterios fundamentales que distinguían los primeros de las segundas. No incurrió en error al aplicar sus interpretaciones a las medidas en litigio, ni al basarse en las características de las medidas que había identificado como pertinentes a la caracterización jurídica de la carga.
- Confirmó la resolución del GE acerca de la cuestión preliminar y su constatación de que la *carga* impuesta en virtud de las medidas era una *carga interior* en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994.

IV. TRATO NACIONAL: CONSTATAIONES DEL GE Y APELACIÓN

China apeló¹⁶⁵ contra las constataciones y conclusiones del GE respecto de la aplicación del párr. 4 del art. III del GATT de 1994, que caracterizaba la carga impuesta por las medidas en litigio como una *carga interior* y sostuvo que los procedimientos administrativos que imponían las medidas en litigio eran *medidas aduaneras* que aplicaban un método válido de clasificación conforme a las reglas del SA, por lo que no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de esta disposición. De manera específica:¹⁶⁶

- Cuestionó la constatación del GE de que las medidas en litigio influían en las opciones de un fabricante de automóviles entre las partes de automóviles nacionales e importadas, y, por tanto, afectaban negativamente al uso de las partes de automóviles importadas en el mercado interior.
- Sostuvo que el GE incurrió en error al hacer esa constatación porque cualquier *influencia* que las medidas pudieran tener en la decisión de un fabricante de automóviles de utilizar partes nacionales con preferencia a las importadas era atribuible a la estructura de los tipos

¹⁶⁵ *Ibidem*, párr. 20 y párr. 21.

¹⁶⁶ *Ibidem*, párr. 21, párr. 188 y párr. 190.

arancelarios consolidados en la Lista de concesiones de China, que eran del 10% para las partes de automóviles y del 25% para los vehículos completos. Según China, cualesquiera incentivos creados eran inherentes a los tipos de derechos admisibles de China.

- A su juicio, el GE incurrió en error al basarse en los incentivos creados por los tipos diferenciales de la Lista de China para constatar una infracción del párr. 4 del art. III, cuando el propio GE había reconocido que la discriminación inherente a un derecho de aduana que un miembro imponía válidamente no era una forma de discriminación que estuviera prohibida con arreglo al art. III.
- Explicó que la eventual influencia que podían tener las medidas en la decisión de un fabricante de automóviles de utilizar partes de automóviles nacionales con preferencia a partes de automóviles importadas se derivaba exclusivamente de la estructura de los tipos consolidados en la Lista de concesiones de China, que generaba un incentivo para que los fabricantes de automóviles montaran vehículos en ese país con partes y componentes importados que, en su integridad, *no* tuvieran las *características esenciales* de un vehículo automóvil en el sentido de la RGI 2 a). Según China, en la medida en que ello generara un incentivo para utilizar partes de automóviles nacionales, ese incentivo era inherente a los tipos de derechos admisibles en China.
- Sostuvo que la constatación del GE, de que las medidas estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párr. 4 del art. III, se basó en su constatación de que la carga impuesta en virtud de las medidas era una *carga interior*. Como a juicio de China esta última constatación era errónea, las constataciones del GE en el marco del párr. 4 del art. III, también debían revocarse.

En los informes del GE,¹⁶⁷ distribuidos a los miembros de la OMC el 18 de julio de 2008, el GE *constató que las medidas en litigio eran medidas interiores en el*

¹⁶⁷ DS339, DS340 y DS342. *Informes del GE*, párr. 7.214 al párr. 7.217 e *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 3 y párr. 7. Ante el GE, los reclamantes alegaron que la carga impuesta en virtud de las medidas era una “carga interior” incompatible con el párr. 2 del art. III del GATT de 1994 porque se aplicaba a las partes de automóviles importadas, pero no a las partes nacionales similares, y que, con esas medidas, China actuaba de manera incompatible con el párr. 4 del art. III del GATT de 1994, al tratar a las partes de automóviles importadas de manera menos favorable que a las partes de automóviles nacionales similares, imponiendo cargas administrativas adicionales y otras cargas adicionales a los fabricantes de automóviles que utilizaban partes importadas por encima de los umbrales especificados.

sentido del art. III, y que eran incompatibles con la primera frase del párr. 2 del art. III, por cuanto sometían a las partes de automóviles importadas a una carga interior superior a la aplicada a las partes de automóviles nacionales similares. También que las medidas en litigio eran incompatibles con el párr. 4 del art. III, por cuanto otorgaban a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales similares. Concluyó también que las medidas en litigio no estaban justificadas al amparo del apdo. d) del art. XX del GATT de 1994.

En su análisis de las alegaciones planteadas por los reclamantes al amparo del párr. 4 del art. III del GATT de 1994, el GE constató¹⁶⁸ que las partes de automóviles importadas y las partes de automóviles nacionales eran similares y que las medidas en litigio: 1) eran leyes, reglamentos y prescripciones, 2) afectaban a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso en el mercado interior de las partes de automóviles importadas y 3) otorgaban a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales.

Basándose en esas constataciones, el GE concluyó¹⁶⁹ que: las medidas de China, que estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párr. 4 del art. III, eran incompatibles con la obligación de no otorgar un trato menos favorable a los productos importados similares que correspondía a China.

El Órgano de Apelación, rechazó la apelación de China en este sentido, debido a que ya había confirmado la resolución por el GE sobre la cuestión preliminar y observó, en primer lugar, que China formuló ante el GE un argumento muy parecido al que planteó en apelación. El GE afirmó que aparentemente China no entendió correctamente la alegación formulada por los reclamantes con respecto a este elemento del párr. 4 del art. III: los reclamantes no se oponen a que la estructura arancelaria de China creara un incentivo para *importar partes de automóviles* en lugar de *vehículos automóviles*, sino que impugnaron el supuesto incentivo creado por los criterios establecidos en las medidas para utilizar *partes de automóviles nacionales* en lugar de *partes de automóviles importadas*.¹⁷⁰

Al examinar este *supuesto incentivo*, el GE razonó¹⁷¹ que los fabricantes de automóviles, para evitar la carga impuesta en virtud de las medidas en

¹⁶⁸ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 187.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 189 y párr. 192.

¹⁷¹ *Ibidem*, párr. 193.

litigio, tenían que asegurarse de que las partes de automóviles utilizadas en el montaje de un modelo de vehículo dado no cumplieran ninguno de los criterios establecidos en las medidas. Producir vehículos que cumplieran esos criterios no sólo suponía dar lugar a la carga, que se imponía después del montaje, sino que también implicaba rastrear y comunicar las partes de automóviles importadas en múltiples expediciones. El GE estimó que esos aspectos de las medidas *inevitablemente influían* en las opciones de un fabricante de automóviles entre las partes de automóviles nacionales e importadas y; por tanto, afectaban al uso de las partes de automóviles importadas en el mercado interior.

El GE, en su determinación se remitió a la jurisprudencia de la OMC (EUA-EVE (párr. 5 del art. 21-CE)¹⁷² e India-Automóviles)¹⁷³ y el Órgano de Apelación observó¹⁷⁴ que las medidas en litigio establecían umbrales específicos para determinar cuándo las partes de automóviles importadas se caracterizarían como vehículos completos. La utilización por un fabricante de automóviles, de determinados conjuntos o combinaciones de conjuntos clave que eran importados significaba que habría que pagar sobre *todas* las partes importadas una carga mayor (25%) de la que se impondría si no se utilizaban esas combinaciones de conjuntos importados y los umbrales *no* se alcanzaban, en cuyo caso cualesquiera partes importadas utilizadas en el modelo de vehículo sólo quedarían sujetas a un derecho del 10%.

Esto creaba un incentivo para que los fabricantes *limitaran* su utilización de partes importadas en relación con las partes nacionales. Además, las medidas en litigio imponían procedimientos administrativos, con las consiguientes demoras, a los fabricantes de automóviles que utilizaban partes importadas, lo que podría evitarse totalmente si un fabricante utilizaba exclusivamente partes de automóviles nacionales. Esos incentivos *afectaban* a

¹⁷² El Órgano de Apelación determinó que una regla del 50% del *valor equitativo de mercado* en virtud de la medida en litigio en aquel caso *afectaba* al uso de los productos importados en el mercado interior porque creaba un incentivo para que un fabricante *no* utilizara insumos que eran productos importados. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 194.

¹⁷³ El GE constató que las prescripciones de contenido autóctono (prescripciones de utilizar una cantidad mínima de partes producidas en el país) y las *prescripciones de equilibrio del comercio* (prescripciones de exportar productos de un valor equivalente a los productos importados) creaban incentivos para que los fabricantes de automóviles comprasen partes y componentes indios en lugar de partes y componentes importados y, en consecuencia, *afectaban a la venta*, la oferta para la venta, la compra y el uso de partes y componentes importados en el mercado indio, en el sentido del párr. 4 del art. III del GATT de 1994. DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 194.

¹⁷⁴ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 195.

las condiciones de competencia para las partes de automóviles importadas en el mercado interior chino.

Sobre la base de esos elementos de las medidas en litigio, y con referencia a anteriores decisiones de GEs y del Órgano de Apelación, el GE, CONSTA-TÓ¹⁷⁵ que los procedimientos administrativos impuestos a cualquier fabricante de automóviles que utilizara partes de automóviles importadas, así como los criterios establecidos en las medidas, combinados con el establecimiento de la carga sobre la base del montaje final en el plano interno, creaban un incentivo para que los fabricantes de automóviles utilizaran partes de automóviles nacionales en lugar de partes de automóviles importadas.

El Órgano de Apelación,¹⁷⁶ no vio error en esa constatación, que también sirvió de base para la constatación del GE, de que las medidas en litigio afectaban a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso en el mercado interior de las partes de automóviles importadas, en el sentido del párr. 4 del art. III del GATT de 1994.

Tras resolver la cuestión preliminar y constatar que la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio era una *carga interior* comprendida en el ámbito de aplicación del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, el GE procedió a examinar la compatibilidad de las medidas en litigio con esta disposición y determinó¹⁷⁷ que las partes de automóviles:

- de origen nacional y extranjero eran productos similares en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994 y
- importadas estaban sujetas a una *carga interior superior* a la aplicada a los productos nacionales, en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994. En consecuencia, concluyó que la carga impuesta en virtud de las medidas era incompatible con la primera frase del párr. 2 del art. III del GATT de 1994.

En este sentido, el Órgano de Apelación¹⁷⁸ confirmó la CONSTATACIÓN del GE de que la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio era una *carga interior* comprendida en el ámbito de aplicación del párr. 2 del art. III del GATT, el Órgano de Apelación confirmó también la CONSTATACIÓN del GE de que: la Orden No 8, el Decreto No 125 y el Aviso No 4 eran incom-

¹⁷⁵ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 196.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 183.

¹⁷⁸ *Ibidem*, párr. 186.

patibles con la primera frase del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, por cuanto sometían a las partes de automóviles importadas a una *carga interior superior* a la aplicada a las partes de automóviles nacionales similares.

El Órgano de Apelación no consideró¹⁷⁹ erróneas, las otras constataciones del GE referentes al párr. 4 del art. III, respecto de: 1) que las partes de automóviles importadas eran *similares* a las partes de automóviles nacionales, 2) que las medidas en litigio eran leyes, reglamentos y prescripciones en el sentido del párr. 4 del art. III, y 3) que las medidas otorgaban a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales, por lo que *confirmó* la constatación del GE respecto de que la Orden No 8, el Decreto No 125 y el Aviso No 4 eran incompatibles con el párr. 4 del art. III del GATT de 1994, por cuanto otorgan a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales similares.

V. APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO A LAS IMPORTACIONES DE JUEGOS DE PIEZAS CKD Y SKD: CONSTATAACIONES DEL GE Y APELACIÓN

Constataciones del GE. El GE constató¹⁸⁰ y no se discutió, que los juegos de piezas CKD y SKD en las medidas en litigio era una referencia a todas o casi todas las partes y componentes de automóviles necesarios para montar un vehículo completo, que tenían que haber sido embaladas y expedidas juntas en una sola expedición y que tenían que pasar por un proceso de montaje para convertirse en un vehículo completo después de su importación en el país importador. De manera específica, el GE:¹⁸¹

- Analizó el sentido y alcance (ámbito de aplicación) del párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125 (una de las medidas en litigio en estas DS) en especial las *excepciones previstas en este artículo*. El GE interpretó que esta disposición si era aplicable a los importadores de juegos de piezas CKD y SKD.
- Constató que la disposición ofrecía a los fabricantes de automóviles *la opción* de que sus importaciones quedaran excluidas de los procedimientos administrativos establecidos en las medidas en

¹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 196 y párr. 197.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 210.

¹⁸¹ *Ibidem*, párr. 31, párr. 33 y párr. 219.

litigio (Orden No 8, Decreto No 125 y Aviso No 4) por lo que podrían efectuar esas importaciones con arreglo a los procedimientos aduaneros ordinarios y pagar los derechos aplicables a los vehículos automóviles en el momento de la importación. Esta disposición sólo exoneraba a los importadores de los procedimientos administrativos, pero no de los criterios sustantivos del Decreto No 125.

- Opinó que las palabras *no se aplicarán las presentes normas* que figuraban en el párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, sólo liberaban a los importadores de juegos de piezas CKD y SKD de sus obligaciones de cumplir las diversas prescripciones administrativas establecidas en las medidas, sin embargo, *no los* eximía del pago de la *carga* impuesta en virtud de las medidas en litigio. En esta interpretación el GE se apoyó en los criterios *sustantivos* del párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125, que constató era la base para la imposición de la carga a estas importaciones.

El párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125¹⁸² disponía:

Los fabricantes de automóviles que importen juegos de piezas completamente desmontados (CKD) o parcialmente desmontados (SKD) podrán declarar esas importaciones ante la aduana encargada de la zona en que el fabricante se encuentre instalado y pague sus derechos, y no se aplicarán las presentes normas.

El párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125¹⁸³ disponía:

“Las partes de automóviles importadas se caracterizarán como vehículos completos en cualquiera de los siguientes casos: 1) las importaciones de juegos de piezas CKD o SKD, destinados al montaje de vehículos; [...]”.

En el contexto de las disposiciones *supra*, el GE:¹⁸⁴

- Consideró de manera conjunta las dos disposiciones del Decreto No 125 (párr. 2 del art. 2 y párr. 1 del art. 21) y determinó que la exención prevista en el párr. 2 del art. 2 para los importadores de juegos de piezas CKD y SKD no modificaba el hecho de que

¹⁸² DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 218.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, párr. 219 al párr. 221.

su obligación de pagar la carga impuesta era consecuencia de lo dispuesto en el párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125.

- CONSTATÓ, que la *carga* del 25% impuesta por las medidas en litigio a los importadores en virtud del párr. 2 del art. 2 del Decreto No 25 era un *derecho de aduana propiamente dicho*, dicha constatación sirvió a su vez de base para su constatación definitiva de que las medidas en litigio eran incompatibles con el compromiso de aplicar un derecho no superior al 10% a las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD enunciado en el párr. 93 del Informe de Adhesión.

Apelación de China. Según China,¹⁸⁵ en los dos párrs. del art. 2 se definían los dos casos referentes al ámbito de aplicación del Decreto No 125: 1) su aplicación a las partes de automóviles que tenían las *características esenciales* de un vehículo automóvil después del montaje del vehículo y 2) los casos en que *no se aplicaría* el Decreto 125, que se refería a los juegos de piezas CKD y SKD que se importarían con arreglo al procedimiento aduanero ordinario de China y se pagarían los derechos al ser importados. Es decir, en su sentido corriente, consistía en que las medidas, con inclusión de la carga que imponían, no se aplicarían a los importadores que importaban juegos de piezas CKD y SKD y pagaran sus derechos con arreglo al procedimiento aduanero ordinario de China.

Al respecto, China:¹⁸⁶

- Adujo que, a pesar de este sentido corriente, el GE llegó a la conclusión errónea de que los importadores de juegos de piezas CKD y SKD con arreglo a las medidas estaban sujetos en principio a la carga por estar comprendidos en el ámbito de aplicación de los criterios sustantivos del párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125. La conclusión era carente de fundamento, porque el texto del Decreto No 125 no establecía ninguna distinción entre *procedimientos administrativos*, por un lado, y *criterios sustantivos y carga*, por otro, y no contenía referencia respecto de la expresión *procedimientos administrativos*.
- Alegó que el GE se equivocó al interpretar que las medidas en litigio imponían una *carga* o un *derecho* a los importadores que elegían la opción prevista en el párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, de declarar esos juegos de piezas y pagar derechos en la frontera y

¹⁸⁵ *Ibidem*, párr. 32.

¹⁸⁶ *Ibidem*, párr. 33, párr. 34, párr. 217, párr. 222 y párr. 227.

apeló contra la constatación del GE de que el párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, sólo excluía la aplicación de los procedimientos administrativos, y no de la carga.

- Argumentó que el significado de la frase *no se aplicarán las presentes normas* en el párr. 2 del art. 2 era, sencillamente, que *la totalidad* del Decreto No 125 (incluidos los criterios sustantivos y la carga) era inaplicable a los importadores que importaban juegos de piezas CKD y SKD, por lo que pagaban sus derechos con arreglo al procedimiento aduanero ordinario. En otras palabras, eximía *totalmente* a las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD de la aplicación de las medidas en litigio. Las eximía *tanto* de los procedimientos administrativos *como* de la carga impuesta por la disposición.

Según China, las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD efectuadas con arreglo a esta disposición estaban sujetas al pago de derechos de importación previstos en las leyes aduaneras ordinarias de China, y *no* a una carga en virtud de las medidas en litigio. Dado que las medidas *no* imponían ninguna *carga* o *derecho* a esas importaciones de juegos de piezas CKD y SKD.

- Afirmó que la evaluación del GE del párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, era incompatible con el sentido corriente de esa disposición. A su juicio de China, los dos párrafos del art. 2, considerados conjuntamente, definían: *a*) por un lado, las *circunstancias* en las que las normas establecidas en el Decreto No 125, eran *aplicables* (con respecto a las partes de automóviles que presentaban las *características esenciales* de un vehículo automóvil y se caracterizan como vehículos completos tras el montaje del vehículo); y, por otro lado, *b*) las *circunstancias* en las que esas normas *no se aplicarían* (cuando los juegos de piezas CKD y SKD se importarían con arreglo a los procedimientos aduaneros ordinarios de China y se pagarían los derechos al ser importados en el momento de la importación).

En opinión de China, el párr. 2 del art. 2 permitía a los importadores de juegos de piezas CKD y SKD quedar totalmente exentos de la aplicación de las medidas y en su lugar declarar los juegos de piezas CKD y SKD y pagar los derechos, en virtud de la aplicación de la legislación aduanera de China, y no en virtud del Decreto No 125.

En apelación, China pidió¹⁸⁷ que se examinara si el GE, incurrió en error al interpretar que el Decreto No 125, significaba que: a) los fabricantes de automóviles que importan juegos de piezas CKD y SKD con arreglo al párr. 2 del art. 2 estaban exentos de los procedimientos administrativos, pero no de la carga establecida en las medidas en litigio; y b) la carga que las medidas imponían a esas importaciones era un *derecho de aduana propiamente dicho* que se pagaba en el momento de la importación

Análisis del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación analizó las tres disposiciones pertinentes de las medidas en litigio que aludían expresamente a los juegos de piezas CKD y SKD: 1) el párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, 2) el párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125, y 3) el art. 56 del cap. XI de la Orden No 8, y explicó que:¹⁸⁸

- La constatación del GE tuvo varias consecuencias para el análisis de las medidas en litigio y la carga impuesta por ellas, ya que el GE determinó que la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio se devengaba *después* del montaje de las partes de automóviles importadas para formar los vehículos completos.
- Al examinar esta cuestión observó que parecía haber discrepancia entre los participantes acerca de la norma de examen que se debía aplicar a las constataciones del GE relativas al alcance y sentido del párr. 2 del art. 2 y el párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125. China sostuvo que la constatación del GE sobre la aplicabilidad de la carga impuesta en virtud de las medidas en litigio a las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD planteaba una cuestión de interpretación jurídica.

En este sentido, resultó importante recordar lo que el Órgano de Apelación había dicho en otras DS:¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Ibidem*, párr. 229.

¹⁸⁸ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 218, 220 y párr. 224. El art. 56 del cap. XI de la Orden No 8, disponía lo siguiente: Se determinará que las partes de automóviles tienen las características de un conjunto completo en los siguientes casos: los conjuntos completos importados en sus partes constitutivas (totalmente desmontados), o los conjuntos o sistemas importados sin montar en varias partes fundamentales (parcialmente desmontados). Siempre que las partes fundamentales importadas alcancen o excedan de la cantidad estipulada, se caracterizarán como conjuntos importados.

¹⁸⁹ DS339, DS340 y DS342. *Informes del Órgano de Apelación*, párr. 225.

- Ha declarado expresamente que el derecho interno de los miembros de la OMC puede servir no sólo como prueba de hecho, sino también como prueba del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones internacionales. Cuando un GE, examina el derecho interno de un miembro de la OMC para determinar si el miembro ha cumplido las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC, esa determinación es una caracterización jurídica enunciada por un GE, y está, por tanto, sujeta al examen en apelación en virtud de lo dispuesto en el párr. 6 del art. 17 del ESD.
- Ha examinado el sentido de la legislación interna de un miembro, a tenor de sus propios términos, para determinar si la caracterización jurídica por el GE era errónea, en particular, cuando la alegación presentada al GE concernía a si un instrumento específico de la legislación interna era, en sí mismo, incompatible con las obligaciones que correspondían a un miembro.

El Órgano de Apelación, reconoció que podía haber ocasiones en los que la evaluación, de un GE, respecto de la legislación interna no se redujera al propio texto de un instrumento, en cuyo caso podía ser necesario un examen más detallado, que podía conllevar elementos fácticos. Comenzó su análisis con el texto del art. 2 del Decreto No 125, el cual, en su totalidad, disponía:¹⁹⁰

Las presentes normas se aplicarán a la supervisión y administración de la importación de partes de automóviles caracterizadas como vehículos completos, utilizadas para la producción o montaje de vehículos por fabricantes de automóviles aprobados o registrados por las autoridades competentes del Estado. Los fabricantes de automóviles que importen juegos completamente desmontados (CKD) o parcialmente desmontados (SKD) podrán declarar esas importaciones ante la aduana encargada de la zona en que el fabricante se encuentre instalado y pague sus derechos, y no se aplicarán las presentes normas.

Expresión: Las presentes normas. El Órgano de Apelación, observó, en primer lugar, que el párr. 2 del art. 2, disponía que *no se aplicarán las presentes normas* a los fabricantes de automóviles que importen juegos de piezas CKD y SKD con arreglo a esa disposición y opten por declarar y pagar derechos en el momento de la importación. Al Órgano de Apelación¹⁹¹ le pareció que la

¹⁹⁰ *Ibidem*, párr. 226 y párr. 230.

¹⁹¹ *Ibidem*, párr. 231.

referencia a *las presentes normas*, tanto en el primer como en el segundo párrafo del art. 2, era que:

- En ambos párrafos era una referencia abreviada al propio Decreto No 125, que se titula “Normas administrativas sobre la importación de partes de automóviles caracterizadas como vehículos completos”.
- No había en el texto del párr. 2 del art. 2, nada que limitara las *normas* que *no* se aplicarían. En particular, el párr. 2 del art. 2, no indicaba que los importadores de juegos de piezas CKD y SKD *sólo* estaban exentos de los procedimientos administrativos, aunque siguieran estando sujetos a la carga en el marco de las medidas.
- A tenor de sus términos, el párr. 2 del art. 2, ofrecía a los fabricantes de automóviles que importaban juegos de piezas CKD y SKD la opción de declarar esa importación y pagar los derechos.

Por lo anterior, no había indicación alguna de lo que esa *declaración* conlleva, ni del fundamento jurídico de los *derechos* que los fabricantes de automóviles que importaban juegos de piezas CKD y SKD deberían pagar en virtud de esa disposición. En este sentido, el Órgano de Apelación:¹⁹²

- No encontró en el texto ningún fundamento para interpretar que el párr. 2 del art. 2 establecía un procedimiento aduanero nuevo o especial (como lo alegaban los reclamantes) para los importadores que recurrían a esa disposición, parecía representar el tipo de texto que se utilizaría para describir los procedimientos aduaneros normales en el momento de la importación, en cuanto hacía referencia a una declaración de importación y al pago de derechos.
- Entendió, que las referencias que se hacían en el art. 2 a *las presentes normas* eran referencias a *todo* el Decreto No 125, y que no parecía que las normas de dicho Decreto contemplaran el tipo de separación entre la carga establecida por las medidas y los procedimientos administrativos a ella asociados. Las disposiciones del Decreto, en ningún momento aludían a una *carga* o *derecho* aisladamente, sino sólo en relación con uno o más de los elementos de procedimiento en ellas establecidos y que con independencia de la posible pertinencia del párr. 2 del art. 2. La *carga* a que se hacía referencia a lo largo de todo el Decreto, era una carga que se

¹⁹² *Ibidem*, párr. 232 y párr. 234.

imponía *después* del montaje de los vehículos automóviles completos y de la verificación.

Dadas las muchas formas en que los procedimientos administrativos (que se describieron al inicio de estos casos) y la carga, se entremezclaban en el Decreto No 125, al Órgano de Apelación le resultó difícil entender cómo pudo el GE interpretar que el párr. 2 del art. 2, significaba que los juegos de piezas CKD y SKD que se declaraban y por los que se pagaba en la frontera, antes del montaje, y que no estaban sujetos a verificación ni a ningún otro trámite administrativo en virtud de las medidas en litigio, podían pese a ello estar sujetos a la carga en virtud de las medidas en litigio.

En contraste, con otras disposiciones del Decreto No 125, su art. 21 no contenía referencia alguna a un *derecho*, *arancel* o *carga*. Además, el recurso del GE al párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125, como fuente de la obligación de pagar la carga sobre las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD efectuadas con arreglo al párr. 2 del art. 2, era difícil de conciliar con su identificación de la fuente de la carga impuesta a las importaciones de partes de automóviles en general (ya planteadas al inicio de esta DS) en virtud de las medidas.¹⁹³ Al respecto, el Órgano de Apelación:¹⁹⁴

- No vio, en consecuencia, en qué modo el Decreto No 125 (párr. 2 del art. 2, párr. 1 del art. 21 y su estructura y lógica global) harían posible separar la *carga* de los procedimientos administrativos asociados a la imposición de esa carga. De ello se seguía que los *derechos* a que se hacía referencia en el párr. 2 del art. 2, que tenían que declararse y pagarse en el momento de la importación, no eran derechos impuestos en virtud del Decreto No 125. Por consiguiente, la interpretación que hizo el GE de las disposiciones del Decreto No 125, constituyó a juicio del Órgano de Apelación, un error de derecho.
- Sólo estuvo de acuerdo con el GE en que el Decreto No 125 ofrecía una *opción* a los fabricantes de automóviles que importaban juegos de piezas CKD y SKD, pero discrepó del GE en cuanto al *alcance* de esa opción. A su juicio, la opción ofrecida a los fabricantes de automóviles era una opción de declarar las importaciones en el momento de la importación, liberándose así de la aplicación de las normas del Decreto No 125, incluso de la carga impuesta por ellas y

¹⁹³ *Ibidem*, párr. 237.

¹⁹⁴ *Ibidem*, párr. 238, párr. 239 y párr. 244.

en caso de *no* ejercitarse esa opción, las normas serían aplicables en su totalidad. En otras palabras, los importadores de automóviles que importaran esos juegos de piezas estarían sujetos a los procedimientos administrativos establecidos en las medidas en litigio (criterios enunciados en el párr. 1 del art. 21 del Decreto No 125) y la carga impuesta después del montaje y después de la verificación.

- Le pareció, por tanto, que el GE consideró que el Decreto No 125, imponía cargas *diferenciadas*, y que podía caracterizar *la carga* impuesta a las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD efectuadas con arreglo al párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125, de manera distinta, como un *derecho de aduana propiamente dicho*.

Sin embargo, el GE no explicó por qué esto era así, no explicó cómo o por qué las características de *la carga* impuesta a las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD efectuadas con arreglo al párr. 2 del art. 2, diferían de las que anteriormente había identificado en su resolución sobre la *cuestión preliminar*, planteada al inicio de la DS. Tampoco explicó por qué esas características requerían que *la carga* impuesta a los juegos de piezas CKD y SKD importados en virtud del párr. 2 del art. 2 se caracterizara como un *derecho de aduana propiamente dicho*.

Por las razones expuestas, el Órgano de Apelación constató¹⁹⁵ que el GE incurrió en error al interpretar que el Decreto No 125, y revocó la constatación del GE relativa a la aplicabilidad de las medidas en litigio a los juegos de piezas CKD y SKD importados con arreglo al párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125.

VI. COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO CON EL PÁRR. 93 DEL INFORME DE ADHESIÓN

El GE constató¹⁹⁶ que China había incumplido el compromiso que asumió en el párr. 93 del Informe de Adhesión, que era parte integrante del Acuerdo sobre la OMC, de aplicar tipos arancelarios no superiores al 10% a los juegos de piezas CKD y SKD si creaba líneas arancelarias para esos juegos de piezas. A su juicio, China había incumplido este compromiso, porque: a) las medidas en litigio creaban de facto líneas arancelarias, y que b) estas lí-

¹⁹⁵ *Ibidem*, párr. 244 y párr. 246.

¹⁹⁶ *Ibidem*, párr. 248.

neas arancelarias estaban separadas al nivel de 10 dígitos en su nomenclatura aduanera para los juegos de piezas CKD y SKD.

Tras examinar las alegaciones presentadas por los EUA y el Canadá, el GE concluyó¹⁹⁷ con tres constataciones fundamentales, las cuales eran correctas en opinión de los EUA: 1) que las medidas imponían una carga del 25% a los juegos de piezas CKD y SKD, 2) que la carga era un *derecho de aduana propiamente dicho* cuando se aplicaba a la importación con arreglo al párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125 y 3) que China había cumplido la condición establecida en el párr. 93 al crear líneas arancelarias separadas.

Apelación. China impugnó¹⁹⁸ las constataciones del GE y solicitó su revocación, pero ante el GE, los EUA y el Canadá alegaron que, con arreglo a las medidas en litigio, el trato arancelario dado por China a las importaciones de juegos de piezas CKD y SKD era incompatible con el compromiso de China asumido en el párr. 93 del Informe de Adhesión.

Análisis del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación, procedió a examinar la *apelación condicional* relativa al párr. 93 del Informe de Adhesión, cuyo texto decía:¹⁹⁹

Algunos miembros del GT expresaron preocupación especial en cuanto al trato arancelario en el sector del automóvil. En respuesta a preguntas acerca del trato arancelario de los juegos de piezas de vehículos automóviles, el representante de China confirmó que China no tenía partidas arancelarias *tariff lines* para los juegos de piezas de vehículos automóviles completamente desmontados ni los juegos de piezas parcialmente desmontados. *En el caso de que China creara tales partidas, los tipos arancelarios no serían superiores al 10%*. El GT tomó nota de este compromiso.

El Órgano de Apelación observó,²⁰⁰ como hizo el GE, que el compromiso asumido por China en la penúltima frase del párr. 93 era de carácter *condicional*, porque estaba supeditado a la creación de líneas arancelarias separadas para los juegos de piezas CKD y SKD, que no existían en el momento de la adhesión de China a la OMC. Dada la forma en que China estructuró su apelación, el Órgano de Apelación, no consideró necesario pronunciarse sobre el sentido de la *condición* establecida en el párr. 93, tampoco sobre decidir si podía considerarse que se había creado una línea arancelaria, ni si China

¹⁹⁷ *Ibidem*, párr. 68 y párr. 215.

¹⁹⁸ *Ibidem*, párr. 37 al párr. 44, párr. 211 y párr. 212.

¹⁹⁹ *Ibidem*, párr. 247.

²⁰⁰ *Ibidem*, párr. 252.

había creado líneas arancelarias separadas para los juegos de piezas CKD y SKD al nivel de 10 dígitos.

Constataciones y conclusiones finales del Órgano de Apelación WT/DS339/AB/R (CE), WT/DS340/AB/R (EUA) y WT/DS342/AB/R (Canadá).²⁰¹

1) Respecto de las partes de automóviles en general, resolvió para las CE, los EUA y el Canadá, confirmar las constataciones del GE, respecto a que:

- La carga impuesta en virtud de las medidas en litigio era una *carga interior* en el sentido del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, *y no un derecho de aduana propiamente dicho* en el sentido del párr. 1 b) del art. II;
- Las medidas en litigio aplicadas a las partes de automóviles importadas en general eran incompatibles con la primera frase del párr. 2 del art. III del GATT de 1994, *por cuanto sometían a las partes de automóviles importadas a una carga interior que no se aplicaba a las partes de automóviles nacionales similares*. También las medidas en litigio *eran incompatibles* con el párr. 4 del art. III del GATT de 1994, *por cuanto otorgaban a las partes de automóviles importadas un trato menos favorable que el concedido a las partes de automóviles nacionales similares*.
- Consideró innecesario pronunciarse sobre la constatación *subsidiaria* del GE, de que, por lo que respectó a las partes de automóviles importadas en general, las medidas en litigio eran incompatibles con los apartados a) y b) del párr. 1 del art. II del GATT de 1994.

2) Respecto de los juegos de piezas completamente desmontados (CKD) y parcialmente desmontados (SKD), para los EUA y Canadá:

- Constató que el GE incurrió en error, al interpretar que las medidas en litigio imponían una carga para estos juegos de piezas CKD y SKD importados con arreglo al párr. 2 del art. 2 del Decreto No 125. En consecuencia, revocó la constatación del GE de que las medidas en litigio eran incompatibles con el compromiso asumido en el párr. 93 del Informe de Adhesión.
El Órgano de Apelación recomendó al OSD que pidiera a China que pusiera las medidas cuya incompatibilidad con el GATT de

²⁰¹ *Ibidem*, párr. 253.

1994, se había constatado en los dos Informes el del GE y el Informe del GE modificado por el Informe del Órgano de Apelación, en conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud de dicho Acuerdo.²⁰²

²⁰² *Ibidem*, párr. 254.

CUARTA PARTE

CASO DS362. CHINA-MEDIDAS QUE AFECTAN A LA PROTECCIÓN Y OBSERVANCIA DE LOS DPI

I. INTRODUCCIÓN GENERAL AL CASO

El 10 de abril de 2007, los EUA²⁰³ solicitaron la celebración de consultas con China²⁰⁴ con respecto a determinadas medidas relativas a la protección y observancia de los DPI en China. Título abreviado DS362: China-DPI.

En particular presentaron tres alegaciones en relación a: 1) la denegación de la protección y observancia del DA y los derechos conexos respecto de las obras cuya publicación o distribución en China no había sido autorizada, 2) la eliminación de las mercancías infractoras de DPI, decomisadas por las autoridades aduaneras chinas y 3) los umbrales con respecto a los procedimientos y sanciones penales. A continuación, se presenta una breve descripción de cada una de ellas.

Primera alegación. De manera particular los EUA argumentaron y alegaron²⁰⁵ que China denegaba la protección y observancia del DA, y los derechos conexos respecto de las obras creativas de autor, las grabaciones de

²⁰³ DS362. China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. *Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos*. Docs. WT/DS362/1, IP/D/26 y G/L/819, del 16 de abril de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#), en adelante “DS362. Solicitud de Consultas”.

²⁰⁴ De conformidad con los aa. 1 y 4 del ESD y el art. 64 del Acuerdo sobre los ADPIC. En la medida en que el art. 64 se correspondía con el art. XXII del GATT de 1994.

²⁰⁵ DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. III y DS362. China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. *Informe del Grupo Especial*. Doc. WT/DS362/R, del 26 de enero de 2009, párr. 2.4 y párr. 3.1. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*\)&Lan](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*)&Lan)

sonido y las interpretaciones o ejecuciones cuya publicación o distribución en China no había sido autorizada, o había sido de otro modo prohibida.

Parecía que las obras debían someterse a censura (o a otro tipo de examen previo a su publicación o distribución) antes de entrar en el mercado chino. Las obras no estaban protegidas por el DA, mientras el examen no se había completado y su publicación y distribución en China no habían sido autorizadas.

- *Medida en litigio*:²⁰⁶ Párr. 1 del art. 4 de la LDA.
- *Objeto en litigio*:²⁰⁷ Obras cuya publicación y/o difusión estaban prohibidas por ley (cualquier ley o reglamento chino) y por lo tanto, no protegidas por la LDA. Eran obras a las que se denegaba protección con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA porque su contenido no había sido aprobado en el examen del contenido y, en la medida en que constituían obras protegidas por el DA, las porciones suprimidas de las obras editadas para satisfacer el examen del contenido.

En razón de lo expuesto, los EUA, solicitaron al GE, que constatará que la primera frase del art. 4 de la LDA era incompatible con el párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, en que se incorporan los párrs. 1) y 2) del art. 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971 (Convenio de Berna), así como el art. 14, las frases primera y segunda del art. 61 y el párr. 1 del art. 41, del Acuerdo sobre los ADPIC.²⁰⁸

Segunda alegación. Los EUA, alegaron²⁰⁹ que las medidas aduaneras en litigio²¹⁰ establecían una jerarquía de prescripciones para la eliminación de las mercancías infractoras que eran decomisadas por las autoridades aduaneras chinas. Con arreglo a esa jerarquía, las autoridades aduaneras

guage=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#, en adelante: DS362. *Informe del GE.*

²⁰⁶ Adoptada el 7 de septiembre de 1990 por la Comisión Permanente del Séptimo CNP en su decimoquinto período de sesiones, y modificada de conformidad con la Decisión relativa a la revisión de la LDA adoptada por la Comisión Permanente del Noveno CNP el 27 de octubre de 2001 en su 24º período de sesiones). DS362. *Informe del GE*, párr. 2.4, inciso a).

²⁰⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.103.

²⁰⁸ *Ibidem*, párr. 3.1 y 3.2.

²⁰⁹ DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. II.

²¹⁰ Reglamento sobre protección en aduana de los DPI (art. 27) y las Medidas de aplicación relativas a la protección en aduana de los DPI (art. 30).

parecían estar obligadas a dar prioridad a opciones de eliminación que permitían que dichas mercancías ingresaran en los circuitos comerciales.

Las mercancías debían destruirse únicamente si no era posible suprimir los rasgos infractores. La prescripción que previa el ingreso de las mercancías infractoras en los circuitos comerciales, parecía ser incompatible con las obligaciones que correspondían a China en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

- *Medidas en litigio*:²¹¹ 1) Reglamento de China sobre protección en aduana de los DPI²¹² (cap. 4), 2) Medidas de aplicación relativas a la protección en aduana de los DPI²¹³ (cap. 5) y 3) Anuncio No 16 de la AGA.²¹⁴
- *Objeto en litigio*: Mercancías infractoras de DPI decomisadas por las autoridades aduaneras chinas.

En razón de estos argumentos los EUA, solicitaron al GE que constatará que las secuencias de los pasos obligatorios establecidos en las medidas en cuestión implicaban que las autoridades aduaneras carecieran de autoridad para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el art. 46 del Acuerdo sobre los ADPIC. En consecuencia, eran incompatibles con las obligaciones que incumbían a China con arreglo al art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC.²¹⁵

Tercera alegación. Los EUA, alegaron²¹⁶ que China no establecía procedimientos y sanciones penales a casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio y de piratería lesiva del DA o que no se alcanzaban los umbrales para que determinados actos de falsificación de marcas de fábrica o de comercio y de piratería lesiva del DA fueran objeto de procedimientos

²¹¹ DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. II y *Informe del GE*, párr. 2.3.

²¹² Reglamento de la RPC sobre Protección en Aduana de los DPI. Promulgado por el Comité Permanente del Consejo de Estado. Adoptado en la 30ª reunión ordinaria del Consejo de Estado celebrada el 26 de noviembre de 2003, publicado el 2 de diciembre de 2003, en vigor a partir del 1º de marzo de 2004.

²¹³ Medidas de Aplicación de la Aduana de la RPC, con respecto al Reglamento sobre Protección en Aduana de los DPI. Adoptadas por el Comité Permanente de la AGA, en una reunión de asuntos administrativos de la AGA, celebrada el 22 de abril de 2004, emitidas por la AGA mediante la Orden N° 114 el 25 de mayo de 2004, en vigor a partir del 1º de julio de 2004.

²¹⁴ Anuncio No 16 de la AGA. Del 2 de abril de 2007.

²¹⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 3.1 y párr. 3.2.

²¹⁶ DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. I e *Informe del GE*, párr. 2.2.

y sanciones penales. En consecuencia, alegaron al amparo de la primera y segunda frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC y al amparo del párr. 1 del art. 41 del mismo acuerdo.²¹⁷

Los EUA, alegaron que el Código Penal de la RPC²¹⁸ (Código Penal) no definía los términos *graves*, *especialmente graves*, *relativamente grande* y *enorme*, utilizados en los aa. 213 al 220, para determinados actos de falsificación de marcas de fábrica o de comercio y actos de piratería lesiva del DA, que podrían ser objeto de procedimientos y sanciones penales, pero si se definían en la Interpretación No 19 [2004] del TSP²¹⁹ y la Interpretación No 6 [2007] del TSP²²⁰ mediante referencia al *volumen de las actividades comerciales ilegales* (en términos de valor de los productos producidos, almacenados, transportados y vendidos), las *ganancias ilegales* (en términos de beneficios), o el número de *copias ilegales*.

El art. 12 de la Interpretación Judicial No. 19 [2004] disponía que el valor se calculaba por lo regular de conformidad con *los precios a los que esos productos se vendían efectivamente o los precios marcados en las etiquetas, o los precios reales a los que, previa investigación, se constatará que se vendían*.²²¹

Era el precio de las mercancías infractoras, y no el precio de las mercancías legítimas correspondientes, lo que determinaba el *volumen de las actividades comerciales ilegales*. Cuanto más bajos eran los precios, reales o marcados en las etiquetas de las mercancías infractoras, más cantidad de dichas mercancías podía vender u ofrecer un infractor sin alcanzar los umbrales

²¹⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.480 al párr. 7.682.

²¹⁸ Código Penal de la RPC. Adoptado en el segundo período de sesiones del Quinto CNP el 01/07/1979. Revisado en el quinto período de sesiones del Octavo CNP el 14/03/1997. Promulgado mediante una Orden del presidente de China en 1997. DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. I.

²¹⁹ Interpretación del Tribunal Supremo del Pueblo y de la Fiscalía Suprema del Pueblo sobre diversas cuestiones de aplicación concreta de las leyes en relación con casos penales de infracción de la PI. Adoptada en el 1331º período de sesiones de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo del Pueblo el 02/11/2004 y el 28º período de sesiones de la Décima Comisión de Enjuiciamiento Público de la Fiscalía Suprema del Pueblo el 11/11/2004, en vigor a partir del 22/12/2004) DS362. *Informe del GE*, párr. 7.397.

²²⁰ Interpretación del Tribunal Supremo del Pueblo y de la Fiscalía Suprema del Pueblo sobre diversas cuestiones de aplicación concreta de las leyes en relación con casos penales de infracción de la PI-II. Adoptada el 4/04/2007, en el 1422º período de sesiones de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo del Pueblo y el 75º período de sesiones de la Décima Comisión de Enjuiciamiento Público de la Fiscalía Suprema del Pueblo, entrada en vigor el 05/04/2007. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.398.

²²¹ DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. I.

previstos en el Código Penal, que se definían mediante referencia al *volumen de las actividades comerciales ilegales*.²²²

Los EUA, entendieron que los actos de falsificación de marcas de fábrica o de comercio y piratería lesiva del DA, llevados a cabo a escala comercial en China que no alcanzaban los umbrales no eran objeto de procedimientos y sanciones penales. En razón de estos argumentos los EUA, solicitaron al GE que constatará que los umbrales fijados por China para los DPI, eran incompatibles con sus obligaciones con arreglo a las frases primera y segunda del art. 61 y el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC.²²³

- *Medidas en litigio*: Los 3 umbrales se establecían mediante estas medidas en litigio: 1) Código Penal (aa. 213, 214, 215, 217, 218 y 220), 2) Interpretación No 19 [2004] del TSP y la 3) Interpretación No 6 [2007] del TSP.

Los EUA solicitaron al GE que recomendara, de conformidad con el párr. 1 del art. 19 del ESD, que China pusiera sus medidas en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las consultas se celebraron los días 7 y 8 de junio de 2007, pero no permitieron resolver la DS.²²⁴

El 13 de agosto de 2007, los EUA solicitaron al OSD que estableciera un GE de conformidad con el art. 6 del ESD.²²⁵ El 25 de septiembre de 2007, se estableció el GE y el 13 de diciembre de 2007,²²⁶ su composición.²²⁷ El GE se reunió con las partes los días 14 a 16 de abril y 18 y 19 de junio de 2008, y con los terceros, el 15 de abril de 2008. El GE, presentó su informe provisional a las partes el 9 de octubre de 2008 y su informe definitivo el 13 de noviembre de 2008.²²⁸

²²² *Idem*.

²²³ DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. I e *Informe del GE*, párr. 3.1 y 3.2.

²²⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 1.1.

²²⁵ Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por los EUA en el Doc. WT/DS362/7, el asunto sometido al OSD por los EUA en ese documento, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.

²²⁶ DS362. *Informe del GE*, párr. 1.2 al párr. 1.5.

²²⁷ Presidente: Sr. Adrian Macey. Miembros: Sr. Marino Porzio y Sr. Sivakant Tiwari.

²²⁸ DS362. *Informe del GE*, párrs. 1.6 al párr. 1.8. La Argentina, Australia, el Brasil, el Canadá, las CE, Corea, la India, el Japón, México, Tailandia, el Taipei Chino; y Turquía se reservaron el derecho de participar como terceros en las actuaciones del GE.

II. PRIMERA ALEGACIÓN: DENEGACIÓN DE LA PROTECCIÓN Y OBSERVANCIA DEL DA Y LOS DERECHOS CONEXOS RESPECTO DE LAS OBRAS CUYA PUBLICACIÓN O DISTRIBUCIÓN EN CHINA NO HABÍA SIDO AUTORIZADA

El GE centró especialmente su análisis en el párr. 1 del art. 4 de la LDA, que disponía: “Las obras cuya publicación y/o difusión están prohibidas por ley no estarán protegidas por la presente Ley.”²²⁹

Alegaciones de las partes. Los EUA alegaron al amparo de los párrs. 1) y 2) del art. 5 del Convenio de Berna,²³⁰ incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.²³¹ En respuesta China planteó una defensa con arreglo al art. 17 del Convenio de Berna incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC. También alegaron al amparo del párr. 1 del art. 41 y del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.²³²

EUA. Alegaron que China denegaba la protección de la LDA a determinadas categorías de obras, en consecuencia, los autores de estas obras cuya publicación o distribución estaban prohibidas por ley no tenían acceso al amplio conjunto de derechos enumerados en el art. 10 de la LDA, que abarcaba los derechos contemplados en las disposiciones del Convenio de Berna. Tampoco se beneficiaban de los recursos especificados en los aa. 46 y 47 de la LDA. En conclusión, no gozaban de los derechos mínimos establecidos en el Convenio de Berna, por lo que era incompatible con los párrs. 1) y 2) del art. 5 de ese Convenio.

China argumentó que:²³³

²²⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.1 y párr. 7.2.

²³⁰ El GE fue asistido por la OMPI respecto de información fáctica pertinente para la interpretación de algunas disposiciones del Convenio de Berna. DS362. *Informe del GE*, párr. 2.7 al párr. 2.9.

²³¹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.16 y párr. 7.120.

²³² Se presentaron otras dos alegaciones: una de ellas fuera del mandato del GE (Alegación respecto del párr. 6) del art. 2 del Convenio de Berna, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC) y la otra, los EUA no le dieron seguimiento (alegación relativa al trato nacional) fue abandonada por los EUA. No presentaron ninguna comunicación al GE. En consecuencia, no hubo pronunciación al respecto. Ambas alegaciones no se analizan en esta DS. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.3 al párr. 7.15, párr. 7.187 al párr. 7.190.

²³³ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.17, párr. 7.23, párr. 7.53 y párr. 7.54.

- Los DA nacían en el momento de la creación y eran independientes de la publicación y que la LDA (art. 2) otorgaba plena protección al incorporar expresamente los derechos conferidos en el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. El párr. 1 del art. 4 de la LDA, tenía un alcance extremadamente limitado, China como muchos otros países en el mundo, prohibía la publicación y la difusión de obras de contenido en su totalidad inconstitucional o inmoral.

La frase contenida en este artículo “obras cuya publicación y difusión están prohibidas por ley” se refería solamente a las obras cuyo contenido era ilegal (reaccionario, pornográfico o supersticioso), por lo que, sólo se limitaba a disponer que esas obras no estarían protegidas por la LDA. No se denegaba la protección del DA a las obras cuyo contenido no se encontraba aceptable.

- La facultad soberana de prohibir obras, reconocidas en el art. 17 del Convenio de Berna, declaraba sujetos al poder soberano de los gobiernos todos los derechos concedidos de otra manera por ese Convenio, es decir, permitía a los miembros mantener una disposición jurídica como el párr. 1 del art. 4 de la LDA. El único resultado de una determinación de contenido prohibido en ese proceso (examen de contenido) era una denegación de la autorización para publicar y no una denegación del DA.

EUA señaló²³⁴ que China admitía que el art. 4 de la LDA, denegaba la protección del DA a ciertas obras cuyo contenido las autoridades chinas determinaban que estaba prohibido por ley, en consecuencia, actuaba en forma incompatible con sus obligaciones en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

China sostuvo que:²³⁵

- Protegería el DA de la versión editada de la obra para poder ser aceptada. Cuando no se hubiere creado una versión editada autorizada, haría cumplir el DA en la porción legal de la obra original contra las copias de una versión editada no autorizada. Sin embargo, no haría cumplir el DA en contra de copias prohibidas

²³⁴ *Ibidem*, párr. 7.18 y párr. 7.22.

²³⁵ *Ibidem*, párr. 7.19 al párr. 7.23 y párr. 7.30 al párr. 7.32.

no editadas de una obra prohibida no editada cuyo contenido no hubiera sido aceptado.

- El párr. 1 del art. 4 no afectaba la concesión del DA con arreglo a su art. 2 (LDA). Pidió al GE que observara que, con arreglo al sistema jurídico chino, “DA” y “protección del DA” eran distinguibles. En la medida en que el párr. 1 del art. 4 resultara aplicable a una obra, actuaría no eliminando el DA, sino denegando los derechos particularizados de observancia del DA privado.
- Esta alegación se basaba en la creencia errónea de que la protección del DA en China dependía de que se completara satisfactoriamente el examen del contenido. Reconoció que el párr. 1 del art. 4, denegaba protección a determinadas obras debido a su contenido, pero en el sentido de la observancia, por tanto, no afectaba al DA y que el art. 2 de la LDA aplicaba directamente los derechos de los autores en virtud del Convenio de Berna.

EUA impugnó los argumentos de China, alegando que el párr. 1 del art. 4 de la LDA:²³⁶

- Denegaba a esas obras los derechos exclusivos enumerados en el art. 10 de la LDA (China estuvo de acuerdo) y el conjunto mínimo de derechos exclusivos garantizados por el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, así como los recursos contenidos en los aa. 46 y 47 de la LDA. En consecuencia, denegaba una protección inmediata y automática a determinadas obras creativas. La distinción entre “DA” y “protección del DA” no figuraba en el texto del Convenio de Berna y no era pertinente. Era una *distinción artificial*.
- Creaba una incertidumbre comercial importante y cuando resultaba claro que la protección del DA se había denegado a una obra, permitía que los piratas se beneficiaran a costa del titular legítimo del derecho. El art. 17 del Convenio de Berna no permitía que los miembros negaran la protección del DA a los autores en sus obras respectivas.

Examen, interpretación y constatación del GE. En esta alegación se impugnó el párr. 1 del art. 4 de la LDA, “en sí mismo”. El GE hizo²³⁷ una evaluación objetiva

²³⁶ *Ibidem*, párr. 7.29, párr. 7.31, párr. 7.33 y párr. 7.47.

²³⁷ *Ibidem*, párr. 7.28.

del significado de las disposiciones pertinentes. Explicó que objetivamente, un miembro estaba normalmente en condiciones de explicar el significado de sus propias leyes, pero si una de las partes ofrecía una interpretación particular o distinta de una disposición, esa parte debía demostrar que su interpretación era correcta. En este sentido, examinó esta disposición, a fin de determinar su conformidad con las obligaciones de China en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

Como parte de la evaluación de la LDA, el GE explicó²³⁸ que el art. 1 establecía el propósito de la LDA, que incluía la protección del derecho de los autores sobre sus obras literarias, artísticas y científicas y los derechos e intereses relacionados con el DA. El art. 2 establecía los criterios para gozar de la protección. Su párr. 1 establecía que: “Los ciudadanos, las entidades con personería jurídica u otras organizaciones chinas gozarán de conformidad con esta LDA sobre sus obras, hayan sido o no publicadas.” Su párr. 2: “El derecho de autor de que gozan los extranjeros o las personas apátridas sobre sus obras con arreglo a un acuerdo formalizado entre China y el país al que pertenece el autor o en que el autor tiene su residencia habitual, o en virtud de un tratado internacional²³⁹ en el que son partes ambos países, estará protegido por la presente Ley.”

El art. 3 contenía la definición de “obras” (作品) y una lista no exhaustiva de *obras* para los fines de la LDA. El art. 4 disponía, entre otras cosas, que determinadas *obras* no estarían protegidas por la LDA. Existía un vínculo entre el párr. 2 del art. 2 y el párr. 1 del art. 4.²⁴⁰ El primero disponía que el DA, de que gozaban determinados extranjeros sobre sus obras estaría protegido por la LDA (受本法保护), en tanto, que el párr. 1 del art. 4, usaba un lenguaje en sentido negativo (不) “determinadas obras no estarían protegidas por la LDA”

(不受本法保护). Esto sugería que el párr. 1 del art. 4, denegaba lo que otorgaba el párr. 2 del art. 2.²⁴¹

En cuanto a la expresión “publicación y/o difusión” (出版、传播) China alegó que la palabra traducida como “difusión” (传播) tenía un significado distinto y más amplio que la palabra utilizada habitualmente en sus

²³⁸ *Ibidem*, párr. 7.34 al párr. 7.36.

²³⁹ El Convenio de Berna es un tratado internacional sobre el DA.

²⁴⁰ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.41.

²⁴¹ Incluidas obras de literatura, arte, ciencias naturales, ciencias sociales, ingeniería y tecnología, creadas en la forma de cualquiera de una serie de obras enumeradas. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.37, párr. 7.38 y párr. 7.43.

reglamentos sobre el examen del contenido, que podía traducirse como *distribución* (发行).²⁴²

Respecto a la expresión “prohibidas por ley” (依法禁止) contenida en el párr. 1 del art. 4, se desprendió, que no se limitaba a ninguna ley en particular y podría aplicarse a cualquier ley que prohíba la publicación y/o difusión de una obra. Los EUA alegaron que se refería a “otras leyes y reglamentos”²⁴³ y que por su redacción se aplicaba a las obras cuya publicación y/o difusión estaban de alguna manera prohibidas por ley.

En cuanto a la frase “no estarán protegidas por la presente Ley” (不受本法保护), contenida en el párr. 1 del art. 4, era una frase que aludía a una disposición obligatoria. Respecto la referencia a “la presente Ley” (本法) se refería a la LDA.²⁴⁴

Parecía que el art. 4, denegaba los derechos exclusivos enumerados en el párr. 1 del art. 10 de la LDA que incluía una lista de derechos morales y económicos (derecho de reproducción, de radiodifusión, de adaptación; y el de traducción). Cada uno de los derechos se refería a “una obra” (作品). El párr. 2 del art. 10, disponía que los titulares de DA podían “autorizar” a otros a ejercer los derechos económicos, como derechos exclusivos a la luz, entre otros, del art. 11 de la LDA, que disponía que el DA, sobre una obra pertenecerá a su autor, y el art. 24, que disponía que toda persona que explotara la obra de otra persona debería formalizar un contrato de licencia sobre el DA con el titular del derecho, con sujeción a excepciones.²⁴⁵

Por lo anterior, el GE constató que la LDA era suficientemente clara, por sus términos, para demostrar que su párr. 1 del art. 4, denegaba la protección del art. 10, a determinadas obras, incluidas obras de nacionales de miembros de la OMC, tal como alegaron los EUA.²⁴⁶

Esta interpretación era coherente con la opinión expresada y aclarada en 1998 por el TSP en ocasión de un procedimiento judicial interno: asunto *Inside Story*. El asunto se refería a un libro cuya publicación violaba reglamentos administrativos, pero su contenido no violaba ninguna ley. El TSP, había declarado que era correcto que los tribunales de primera y segunda instancia proporcionaran protección al libro con arreglo a la LDA, en virtud de que el Departamento del Frente Unido del Comité del Partido

²⁴² DS362. *Informe del GE*, párr. 7.44.

²⁴³ *Ibidem*, párr. 7.45.

²⁴⁴ *Ibidem*, párr. 7.46.

²⁴⁵ *Ibidem*, párr. 7.48 y párr. 7.49.

²⁴⁶ *Ibidem*, párr. 7.50.

Comunista de la Provincia de Sichuan había examinado el libro, en consecuencia, aprobado su publicación.²⁴⁷

China declaró²⁴⁸ que:

- En la medida en que el párr. 1 del art. 4 (independientemente del proceso de examen del contenido) pudiera aplicarse de manera que denegara la protección del DA, para una obra que un tribunal había constatado en forma independiente que estaba prohibida por ley, ese acto de prohibición estaba protegido por el art. 17 del Convenio de Berna.
- La Administración Nacional del Derecho de Autor de China (NCAC) había aclarado que solamente cuando se determinaba que el contenido de la obra era ilegal se aplicaría el párr. 1 del art. 4. La violación de las normas sobre publicación no privaba al titular de su derecho a que la ley protegiera e hiciera respetar su DA.
- La denegación estaba sujeta a una determinación de un tribunal o de la NCAC y que el párr. 1 del art. 4, facultaba a los tribunales de China y a la NCAC a denegar la protección del DA a obras que estaban prohibidas por ley.
- El párr. 1 del art. 4, actuaba como condición subsiguiente en un contexto judicial restringido y, en la medida en que actuaba de esa manera, era compatible con las prescripciones del Convenio de Berna.
- La aplicación del párr. 1 del art. 4, no conducía a una denegación del DA, sino solamente de la protección del DA. No actuaba para eliminarlo, sólo para denegar los derechos particularizados de observancia del DA privado. Esto no afectaba al nacimiento del DA o eliminaba el derecho residual previsto en el art. 2 de la LDA. China no protegería las obras cuyo contenido era ilegal. No se infringía el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna.
- Después de denegar la *protección* en virtud del párr. 1 del art. 4, el reconocimiento subyacente: el *goce* o el *derecho* al DA, seguiría existiendo. Los EUA afirmaron que esta distinción era artificial.

²⁴⁷ *Ibidem*, párr. 7.51.

²⁴⁸ *Ibidem*, párr. 7.53, párr. 7.55, párr. 7.57 al párr. 7.62.

Estas declaraciones confirmaron la opinión del GE, respecto de que la propia redacción del párr. 1 del art. 4, disponía la denegación de la protección del DA a determinadas obras sobre la base de su contenido. En este sentido, el GE:²⁴⁹

- Observó que China equiparaba la *protección* de la LDA referente en el párr. 1 del art. 4, a los *derechos relacionados con la observancia*, sin embargo, no mostró que hubiera en el texto del art. 4, ningún fundamento apropiado que limitara su efecto a una parte de la protección con arreglo a la LDA.
- Contrastó la *protección* de la LDA referente en el párr. 1 del art. 4, con el *goce* del DA de conformidad con el art. 2 de la LDA, sin embargo, los conceptos a que se hacía referencia en el párr. 2 del art. 2 y en el párr. 1 del art. 4, eran aparentemente idénticos. Señaló que el párr. 1 del art. 4, no establecía que determinadas obras *no gozarían* del DA. Era cierto, pero la protección de la LDA *era* el DA.

En el argumento de China en que se distingue el “DA” de la “protección del DA” se contrastó el surgimiento del DA con arreglo al art. 2 de la LDA que, según se afirmó, ocurría automáticamente y sin ninguna formalidad en el momento de la creación de una obra, por una parte, y el procedimiento para la denegación del DA, con arreglo al párr. 1 del art. 4, que según se afirmó, ocurría sólo después de una determinación por un tribunal o por la NCAC, en un procedimiento de observancia, por la otra parte.

- Consideró que la distinción que hacía China no era pertinente. Parecía ser consecuencia de la norma, de que el goce y el ejercicio del DA *no* estarían sujetos a ninguna formalidad, en tanto que la denegación de la protección *si estaba* sujeta a una determinación formal. En la distinción, no se encaraba debidamente la situación *después* de que un tribunal o la NCAC hubiera denegado protección a una obra con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA. Era difícil concebir que el DA siguiera existiendo sin menoscabo después de que las autoridades competentes hubieran denegado la protección del DA, a una obra sobre la base de su naturaleza y de la prohibición contenida en la propia LDA.

²⁴⁹ *Ibidem*, párr. 7.60 al párr. 7.66.

China no explicó: 1) ¿en qué sentido, después de que se denegara la protección del DA con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA, gozarían los autores del DA, o existiría un DA sobre sus obras? y 2) ¿de qué manera podrían los autores afirmar la propiedad, una licencia o la transferencia del DA sobre sus obras?²⁵⁰

Si existe un DA con arreglo al art. 2, parecería ser nada más que un derecho fantasma, cuya existencia no podría demostrarse. Sobre la base de las pruebas presentadas, el GE no pudo concluir que después de que se denegara a una obra la protección con arreglo al párr. 1 del art. 4, el autor podía gozar del DA sobre esa obra.

La estructura del Acuerdo sobre los ADPIC previa que determinadas materias gozarían de protección (Parte II), y los miembros debían garantizar que hubiera procedimientos para hacer cumplir esa protección (Parte III). Si bien las autoridades judiciales de China podían decidir que no proporcionarían determinados recursos en determinadas circunstancias en ejercicio de sus propias facultades discrecionales, el párr. 1 del art. 4, iba más allá, al denegar por completo la protección a determinadas materias que reunían las condiciones especificadas.²⁵¹

China afirmó²⁵² que el art. 2 de la LDA, incorporaba directamente los DA, en la legislación de China, con arreglo al Convenio de Berna, por lo que ese derecho estaba protegido por la legislación china y confirmó que el párr. 1 del art. 4 era sólo una excepción limitada al principio general del art. 2.

En consecuencia, el GE no vio ninguna razón para considerar el posible efecto directo de los derechos especialmente establecidos por el Convenio de Berna, incorporados en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Por las razones que anteceden, el GE no consideró²⁵³ que China hubiera proporcionado ninguna prueba que alterara sus constataciones expuestas.

Criterios para las obras prohibidas. El GE consideró la gama de obras a las que se aplicaba el párr. 1 del art. 4, que dependió en gran medida del significado de su frase: “cuya publicación y/o difusión están prohibidas por ley”. Los EUA proporcionaron una lista ilustrativa de leyes y reglamentos que prohibían la publicación o la distribución. Lista que también fue suministrada por China en el examen de su legislación ante el Consejo de los

²⁵⁰ *Ibidem*, párr. 7.67.

²⁵¹ *Ibidem*, párr. 7.68.

²⁵² *Ibidem*, párr. 7.70.

²⁵³ *Ibidem*, párr. 7.71.

ADPIC en 2002 relativo a las leyes y los reglamentos a que se refería el párr. 1 del art. 4.²⁵⁴

En la lista figuraron: el Código Penal y cinco Reglamentos sobre la administración de: 1) la industria editorial (art. 26), 2) la radiodifusión, 3) productos audiovisuales (art. 3), 4) de películas (art. 25) y 5) las telecomunicaciones. China confirmó que estas leyes definían los tipos y contenidos de obras que estaban prohibidos y que la expresión *prohibidas por ley* tenía un significado amplio y podía referirse a los criterios establecidos en distintas disposiciones jurídicas. Una obra con un contenido prohibido por esas normas jurídicas era una obra prohibida en el sentido del párr. 1 del art. 4. Las partes llegaron a un acuerdo sobre los criterios para las obras prohibidas.²⁵⁵

El GE observó²⁵⁶ que tres de los reglamentos citados *supra*²⁵⁷, contenían 10 categorías idénticas de contenidos prohibidos, a saber: 1) contrarios a los principios fundamentales establecidos en la Constitución, 2) ponen en peligro la unificación, la soberanía y la integridad territorial del Estado, 3) divulgan secretos de Estado, ponen en peligro la seguridad del Estado o menoscaban el prestigio y los intereses del Estado y 4) incitan al odio y la discriminación entre grupos étnicos, perjudican su unidad o violan sus costumbres y hábitos, 5) propagan cultos y supersticiones, 6) perturban el orden público y socavan la estabilidad social, 7) propagan la obscenidad, el juego o la violencia, o contribuyen a la perpetración de delitos, 8) insultan o calumnian a otros, o infringen derechos e intereses legítimos de otros, 9) ponen en peligro la ética social o tradiciones culturales nacionales importantes y 10) otros contenidos prohibidos por las leyes, los reglamentos administrativos y las disposiciones del Estado.

La respuesta escrita de la NCAC al TSP de China, en el asunto *Inside Story*, expresó que la frase *obras cuya publicación y difusión están prohibidas por ley* en el art. 4 de la LDA se refería sólo a las obras cuyo contenido era ilegal y enumeraba tres criterios amplios: 1) reaccionario, 2) pornográfico o 3) supersticioso, a los que seguía en la versión original el signo 等 “etcétera”, indicando que no eran exhaustivos. China explicó que solamente denegaba

²⁵⁴ *Ibidem*, párr. 7.72 y párr. 7.73.

²⁵⁵ *Ibidem*, párr. 7.16, párr. 7.73 al párr. 7.75.

²⁵⁶ *Ibidem*, párr. 7.79 y párr. 7.81.

²⁵⁷ Reglamento sobre la administración de películas, Reglamento sobre la administración de los productos audiovisuales y el Reglamento sobre la administración de la industria editorial.

protección a las obras cuyo contenido era completamente inconstitucional o inmoral.²⁵⁸

El GE admitió²⁵⁹ que las obras prohibidas para los fines del párr. 1 del art. 4 de la LDA incluían las obras con contenidos considerados ilegales con arreglo a los criterios establecidos en las leyes y reglamentos enumerados *supra*, incluidos los reglamentos sobre el examen del contenido.

Procedimiento para determinar que una obra estaba prohibida para los fines del párr. 1 del art. 4. El GE observó²⁶⁰ que la gama de obras *prohibidas por ley* podía depender no sólo de los criterios sino también del procedimiento que las determinaría con contenido ilegal. Al respecto, China sostuvo que:²⁶¹

- El proceso de examen del contenido en términos administrativos era un proceso separado del DA. El único resultado para determinar un contenido como prohibido era la denegación de la autorización para publicar. La determinación no llevaba a una denegación del DA. Cuando el contenido de una obra no era aprobado no se protegería el DA sobre la versión no editada, prohibida, de una obra contra versiones infractoras igualmente no editadas y prohibidas. No se protegería el DA de la porción suprimida de una obra editada a fin de obtener la aprobación de su contenido.
- Los tribunales y la NCAC eran las únicas autoridades competentes para tomar y adoptar una decisión sobre la protección del DA con arreglo al párr. 1 del art. 4, éstas *respetaban* una constatación sobre el examen del contenido. Cuando la autoridad encargada de examinar el contenido lo determinaba como prohibido, esa constatación *orientaría* u na determinación de la NCAC o los tribunales de que la obra se consideraría *prohibida por ley*.

EUA alegó²⁶² que el párr. 1 del art. 4 se aplicaba a obras: 1) que nunca se presentaron para el examen de su contenido en China, 2) en espera de los resultados del examen del contenido en China, 3) versiones no autorizadas

²⁵⁸ La respuesta escrita se había proporcionado en el contexto de un caso en el que la cuestión era si una prohibición de publicar basada en razones administrativas *no relacionadas* con un contenido quebrantaba el párr. 1 del art. 4. DS362. *Informe del Grupo Especial*, párr. 7.77, párr. 7.78 y párr. 7.81.

²⁵⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.82.

²⁶⁰ *Ibidem*, párr. 7.83.

²⁶¹ *Ibidem*, párr. 7.85 y párr. 7.86.

²⁶² *Ibidem*, párr. 7.84.

de obras editadas para su distribución en China y 4) obras cuyo contenido no había sido aprobado.

Obras que nunca se presentaron para el examen del contenido, y las obras en espera del resultado del examen del contenido en China. Respecto de las primeras, el GE no consideró instructivos los casos analizados, porque no había ningún procedimiento obligatorio de examen del contenido previo a la publicación de los libros de texto universitarios, además de que se referían a temas que no guardaban ninguna relación con contenidos prohibidos en virtud del Reglamento pertinente. Respecto a las segundas, el GE observó que en los dos casos examinados había circunstancias especiales y que no había ninguna indicación de que se hubieran iniciado realmente procedimientos para exigir el cumplimiento. El GE dio poco peso a estas pruebas en su evaluación de la LDA en sí misma.²⁶³

Obras cuyo contenido había sido aprobado con sujeción a la prescripción de suprimir partes específicas ilegales. China alegó que protegería la versión aprobada pero no protegería el contenido ilegal suprimido. A la luz de la LDA, no quedaba claro si el párr. 1 del art. 4 era o no aplicable cuando se quería asegurar la observancia respecto de las copias infractoras de la versión no editada, ni de qué manera lo sería. China, declaró: “[...] que hará cumplir también el derecho de autor del titular en una situación en que hay una versión editada autorizada. En ese caso, el DA se protegerá independientemente de que la copia infractora fuera de la versión editada o de la versión no editada.”²⁶⁴

*Obras cuyo contenido no ha sido aprobado en absoluto.*²⁶⁵ El GE recordó que el párr. 1 del art. 4 negaba a las obras prohibidas la protección de la LDA, pero China afirmó que las obras cuyo contenido no había sido aprobado podían recibir la protección de la LDA, si se suprimía la parte del contenido ilegal (versión editada) y que haría que se respetara el DA sobre la porción legal de la obra original, incluso aunque la propia obra —en su totalidad— estuviera prohibida por ley. Sin embargo, no explicó ¿cómo esto era posible de acuerdo con su legislación? Por lo tanto, el GE constató que la clase de obras prohibidas en virtud del párr. 1 del art. 4, de la LDA incluía obras cuyo contenido no había sido aprobado.

²⁶³ Las pruebas incluían un ejemplo de una medida de observancia administrativa *especial* adoptada de productos audiovisuales pirateados de una película de dibujos animados extranjera, *Shrek 2*, antes de que la versión auténtica fuera aprobada para su comercialización y el caso *Motion Picture Association of America* no era pertinente. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.89, párr. 7.98 al párr. 7.102.

²⁶⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.88.

²⁶⁵ *Ibidem*, párr. 7.87 al párr. 7.93.

En este contexto el GE, examinó los reglamentos aplicables al examen del contenido.

- *Reglamento sobre la administración de películas.* Su art. 24, disponía: “Las películas que no han sido examinadas y aprobadas por instituciones encargadas del examen de las películas en el Departamento administrativo de la radio, la cinematografía y la televisión del Consejo de Estado [...] no se distribuirán, proyectarán, importarán o exportarán”.²⁶⁶
- *Reglamento sobre la administración de los productos audiovisuales.* Su art. 36 disponía que la realización de un examen obligatorio del contenido antes de la venta al por mayor o al por menor o del alquiler de productos audiovisuales.²⁶⁷

En ninguno de estos reglamentos se previa expresamente la denegación de la protección del DA, pero sí la prohibición de la publicación de películas y productos audiovisuales. Era posible que en esta situación se consideraran obras cuya publicación estaba prohibida para los fines del párr. 1 del art. 4, pero no era claro si se requería otra determinación de que su *contenido* infringía estos Reglamentos antes de que se consideraran “obras prohibidas” en el sentido de este artículo.

- El *Reglamento sobre la administración de la industria editorial*, no preveía un examen obligatorio del contenido antes de la publicación. Sin embargo, en sus aa. 40 y 44²⁶⁸ se prohibía la distribución por una “entidad distribuidora” o la importación por una “entidad importadora de publicaciones” de las publicaciones con contenidos prohibidos. Se requería aparentemente una determinación de que su contenido infringía este Reglamento, antes de que esas obras se consideraran obras prohibidas en el sentido del párr. 1 del art. 4.

EUA explicó que el Reglamento sobre las telecomunicaciones y el Código Penal prohibían determinados contenidos sin prever un procedimiento de examen del contenido, en consecuencia, se requería una determinación de que las obras infringían estas medidas para los fines del párr. 1 del art. 4.

²⁶⁶ *Ibidem*, párr. 7.90.

²⁶⁷ *Ibidem*, párr. 7.91.

²⁶⁸ *Ibidem*, párr. 7.93.

Cuando no había un examen del contenido, no se desprendía claramente del texto de ninguno de esos reglamentos de qué manera se determinaría que una obra estaba prohibida en el sentido de esta disposición.

China afirmó²⁶⁹ que si no había un examen previo, un tribunal o la NCAC debía determinar *de novo* la legalidad o la ilegalidad, y que esto ocurriría normalmente en el caso de la mayoría de los libros, revistas y periódicos, obras extranjeras no distribuidas en China, obras en espera del examen del contenido y otros libros no publicados y obras que podrían haberse sustraído ilegalmente al proceso de examen y estaban en circulación sin estar autorizadas. Afirmó que cabía esperar que el tribunal o la NCAC solicitara opiniones de las autoridades encargadas del examen del contenido.

Se planteó la cuestión de la situación del DA, sobre esas obras en ausencia de una determinación para los fines del párr. 1 del art. 4. El GE observó²⁷⁰ que el art. 2 de la LDA, disponía que el DA sobre determinadas obras estaría protegido por la LDA y el art. 6 del Reglamento sobre la aplicación de la LDA disponía que un DA existiría a partir de la fecha en que se creara una obra. Aunque se desprendía claramente que el párr. 1 del art. 4, denegaba la protección del DA a ciertas obras, ello no implicaba necesariamente que impedía que existiera la protección del DA con arreglo a estas dos disposiciones *supra*, a partir del momento de la creación de la obra hasta el momento en que una autoridad competente adoptara una decisión con arreglo al párr. 1 del art. 4.

En consecuencia, para el GE no estaba claro si las obras no presentadas para un examen obligatorio del contenido y las que estaban en espera del resultado del examen del contenido estarían dentro del ámbito de aplicación del párr. 1 del art. 4 de la LDA. Por todas las razones que anteceden, el GE consideró que los EUA no habían demostrado *prima facie* su argumento con respecto a: a) las obras que nunca se presentaron para el examen de su contenido en China, b) las obras en espera de los resultados del examen del contenido en China y c) las versiones no editadas de obras para las cuales se ha aprobado una versión editada para ser distribuida en China.²⁷¹

Por lo anterior, el GE constató que el tipo de obras a las que se denegaba protección con arreglo al párr. 1 del art. 4 incluía: 1) obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido y 2) las porciones

²⁶⁹ *Ibidem*, párr. 7.95.

²⁷⁰ *Ibidem*, párr. 7.96.

²⁷¹ *Ibidem*, párr. 7.97.

suprimidas de las obras editadas para satisfacer el examen del contenido, en la medida en que éstas constituían obras protegidas por el DA.²⁷²

Análisis del párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los EUA y China al ser miembros de la OMC, estaban obligados por el Acuerdo sobre los ADPIC, al párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna que dispone:²⁷³

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

El párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone:²⁷⁴

Los miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo.

En el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna se prevé el goce de dos conjuntos de derechos que se superponen y son conocidos como: “los pilares gemelos en que se basa la protección con arreglo al Convenio” a continuación se citan:²⁷⁵

- Expresión: “Los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales”. Esta es una *obligación de trato nacional*.²⁷⁶
- Expresión: “Los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”. Se refiere a los derechos que gozarán los autores con respecto a sus obras. Los aa. 6bis, 8, 9, 11, 11bis, 11ter, 12, 14, 14bis y 14ter se refieren todos a esos derechos, pero como la

²⁷² *Ibidem*, párr. 7.103.

²⁷³ *Ibidem*, párr. 7.105.

²⁷⁴ *Ibidem*, párr. 7.104.

²⁷⁵ *Ibidem*, párr. 7.106 y párr. 7.107.

²⁷⁶ La solicitud de establecimiento de un GE incluye una alegación con arreglo a esta parte del párr. 1) del art. 5, en lo que respecta a la LDA en conjunción con otras medidas enumeradas en el párr. 7.186 *infra*, pero esta alegación no se llevó adelante.

incorporación del art. 5 del Convenio de Berna, estaba sujeta a los términos del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, entonces esta expresión, no incluía los derechos a que se hacía referencia en el art. 6*bis* del Convenio de Berna.

La expresión “derechos especialmente establecidos” incluía el derecho exclusivo de hacer y de autorizar la traducción y reproducción de las obras (aa. 8 y 9) entre otros derechos sustantivos. China argumentó que cumplía plenamente el Convenio de Berna, porque concedía a los autores todas las protecciones sustantivas de éste, a través del art. 10 de la LDA. El GE observó que muchos de los derechos enumerados en los subpárrafos 5) a 17) del primer párrafo del art. 10 de la LDA correspondían a derechos especialmente establecidos por el Convenio de Berna. El párr. 2 del art. 10 disponía que los titulares del DA podían autorizar a otros a ejercer estos derechos económicos, y que estos derechos parecían ser exclusivos.²⁷⁷

El GE constató, en consecuencia, que el art. 10 de la LDA era la disposición por la que se aplicaban los derechos especialmente establecidos por el Convenio de Berna, pero el párr. 1 del art. 4 de la LDA denegaba la protección del art. 10 a determinadas obras, incluidas las obras de nacionales de miembros de la OMC.²⁷⁸

En este sentido el GE:²⁷⁹

- Observó que los dos conjuntos de derechos establecidos en el párr. 1) del art. 5, se referían a “obras” respecto de las cuales los autores estaban protegidos al amparo del Convenio de Berna. Las categorías de esta “obras” respecto de las cuales los autores gozarían de los derechos especialmente establecidos por el Convenio variaban de acuerdo con los términos de cada uno de los artículos que establecían los derechos pertinentes. Por ejemplo, los derechos de *reproducción* (art. 9) y de *radiodifusión* (art. 11*bis*), se concedían a los autores de las “obras literarias y artísticas”.
- Recordó sus constataciones de: 1) que el tipo de obras a las que se denegaba protección con arreglo al párr. 1 del art. 4, incluía obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido y las porciones suprimidas de las obras editadas para satisfacer

²⁷⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.110 al párr. 7.113.

²⁷⁸ *Ibidem*, párr. 7.114.

²⁷⁹ *Ibidem*, párr. 7.115 y párr. 7.116.

el examen del contenido, y 2) que la palabra “obras”²⁸⁰ incluía las categorías de obras de la definición de “obras literarias y artísticas” del párr. 1) del art. 2 del Convenio de Berna.²⁸¹

Por las razones que anteceden, el GE constató que la LDA era suficientemente clara, por sus términos, para que los EUA hubieran establecido que el párr. 1 del art. 4 de la LDA, era incompatible con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC y que el tipo de obras a las que se denegaba protección con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA, incluía obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido y las porciones suprimidas de las obras editadas para satisfacer el examen del contenido.

El GE reconoció que la posible denegación de la protección del DA, en ausencia de una determinación por las autoridades encargadas del examen del contenido, creaba incertidumbre con respecto a las obras que no satisfacían los criterios relativos al contenido antes de una determinación con arreglo al párr. 1 del art. 4, con el consiguiente impacto en el goce de los derechos descritos *supra* y dejó constancia, de la firme posición adoptada por China.²⁸²

El derecho de autor surge en el momento de la creación de una obra y no depende de la publicación. Están protegidas las obras no publicadas; están protegidas las obras extranjeras aún no colocadas en el mercado chino; y están protegidas las obras nunca colocadas en el mercado chino.; y Las obras no examinadas decididamente no están prohibidas por ley.

²⁸⁰ El art. 3 LDA contiene una lista no exhaustiva de obras para los fines de la LDA, incluidas obras de literatura, arte, ciencias naturales, ciencias sociales, ingeniería y tecnología, creadas en la forma de cualquiera de una serie de obras enumeradas. DS362. *Informe del Grupo Especial*, párr. 7.37.

²⁸¹ No se cuestionó que las “obras” a que se aplicaba el párr. 1 del art. 4, tenían un alcance más amplio que las obras a las que podía denegarse o limitarse la protección con arreglo a otras disposiciones del art. 2 y art. 2bis del Convenio de Berna.

²⁸² Esta conclusión no se aplicaba a las obras que nunca se presentaron para el examen de su contenido en China, las obras en espera de los resultados del examen del contenido en China y las versiones no editadas de obras para las cuales se había aprobado una versión editada para ser distribuida en China. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.103, párr. 7.117 y párr. 7.118.

China tenía la obligación internacional de proteger el DA sobre esas obras de conformidad con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.²⁸³

*Defensa de China al ampro del art. 17 del Convenio de Berna incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.*²⁸⁴ China planteó una defensa con arreglo a esta disposición y afirmó que todos los derechos otorgados a los autores en virtud del Convenio de Berna estaban limitados por el art. 17 del Convenio de Berna, que este artículo no era exhaustivo del derecho soberano a la censura y que estaba redactado con un lenguaje muy general que denegaba la jurisdicción de la OMC en esta esfera. El GE recordó que el párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, incorporaba el art. 17 del Convenio de Berna, que dispone:

Las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho.

La expresión “Las disposiciones del presente Convenio” incluyen el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna. El art. 17 confirmaba que los gobiernos tenían determinados derechos de controlar la explotación de las obras, pero los EUA respondieron que esta disposición no autorizaba un sistema de examen del contenido que denegara *toda la protección exigible* del DA, a todas las obras cuya publicación o distribución no había sido aprobada.

El GE observó que la redacción del art. 17 incluía frases, como: “no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea” y “cualquier obra o producción”, que se referían al derecho de un gobierno de permitir, vigilar o prohibir la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción. Esto incluía claramente la censura por razones de orden público. Se hizo referencia a las actas de las conferencias diplomáticas del Convenio

²⁸³ Obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido, las porciones suprimidas de las obras editadas para satisfacer el examen del contenido, obras que nunca se presentaron para el examen de su contenido, las obras en espera de los resultados del examen del contenido y las versiones no editadas de obras para las cuales se ha aprobado una versión editada para ser distribuida en China. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.119.

²⁸⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.120 y párr. 7.124.

de Berna, y la Guía de la OMPI del Convenio de Berna, donde se explicaba que el art. 17 se refería principalmente a la censura y el orden público.²⁸⁵

China señaló que la Guía del Convenio de Berna de la OMPI que con respecto al art. 17 del Convenio de Berna, trataba el derecho de los gobiernos a adoptar cuantas disposiciones juzgaran útiles para el mantenimiento del orden público y que la soberanía del Estado, no podía verse afectada por el derecho convencional. El autor podía ejercitar los derechos que le reconocía el Convenio de Berna, pero sin contravenir el orden público en ese ejercicio. Esta disposición regía derechos e intereses privados y estaba subordinada a los imperativos del orden público, reservaba a los países de la Unión un poder de control y de prohibición.²⁸⁶

El GE estuvo de acuerdo con esta interpretación, pero, no había ninguna razón para suponer que la censura suprimirá por completo esos derechos con respecto a una obra determinada. China no pudo explicar ¿por qué razón el párr. 1 del art. 4 de su LDA previa la denegación completa de su protección con respecto a obras determinadas? Sin perjuicio de la gama de derechos establecidos por el Convenio de Berna, bastaba señalar que se trataba en su mayor parte de derechos exclusivos de autorizar determinados actos con respecto a obras protegidas. Ese derecho exclusivo entrañaba necesariamente el derecho de impedir que otros realizaran los actos en cuestión con respecto a las obras protegidas. China no pudo explicar ¿por qué razón la censura interfería con los derechos de los titulares de DA de impedir que terceros explotaran obras prohibidas?²⁸⁷

China adujo²⁸⁸ que esa protección del DA, era una “nulidad jurídica y material”, ya que los derechos económicos cedían ante la prohibición estatal y que la observancia del DA carecía de significado en este contexto. También que el párr. 1 del art. 4, era una norma sumamente restringida con consecuencias insignificantes en el mercado y en términos de cualquier anulación o menoscabo de beneficios para los miembros.

El GE observó²⁸⁹ que el DA y la censura del gobierno se referían a derechos e intereses diferentes. El DA protegía derechos privados, (párr. 4 del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC) en tanto que la censura del gobierno se refería al interés público.

²⁸⁵ *Ibidem*, párr. 7.125 y párr. 7.126.

²⁸⁶ *Ibidem*, párr. 7.131.

²⁸⁷ *Ibidem*, párr. 7.132 y párr. 7.133.

²⁸⁸ *Ibidem*, párr. 7.134.

²⁸⁹ *Ibidem*, párr. 7.135.

China indicó que:²⁹⁰ 1) siempre haría que se respetaran los DA, contra versiones editadas infractoras, incluso cuando no hubiera ninguna versión editada autorizada por el autor. No explicó cómo haría posible esto con arreglo a su legislación y 2) si una obra no protegida prohibida pasara a ser posteriormente legal, protegería el DA, sobre la obra en adelante. Esto podría requerir una nueva determinación de los tribunales o de la NCAC. En opinión de China, ese requisito no constituía una formalidad con arreglo al párr. 2) del art. 5 del Convenio de Berna.

El GE recordó que el párr. 1 del art. 4, causaba incertidumbre en el comercio antes de la determinación de que una obra estuviera prohibida y sostuvo que la censura estatal hacía innecesaria la observancia privada, por lo que concluyó que la LDA, era suficientemente clara, por su redacción, para que los EUA hubieran establecido que el párr. 1 del art. 4 de la LDA, era incompatible con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, pese a los derechos de China reconocidos en el art. 17 del Convenio de Berna.²⁹¹

China subrayó que la carga de probar esta alegación “en sí misma” recaía en los EUA y que la única prueba que habían ofrecido era el texto del párr. 1 del art. 4 de la LDA. El GE explicó que el Órgano de Apelación en el caso *EUA-Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, afirmó que cuando una medida era impugnada *en sí misma*, el punto de partida para el análisis debía ser la medida en sus propios términos. Si el sentido y el contenido de la medida eran claros en sus propios términos, la compatibilidad de la medida *en sí misma* podía evaluarse tan sólo sobre esa base. Sin embargo, si el sentido o el contenido no eran evidentes en sus propios términos, se requería un examen más detallado. El examen del GE, mostraba que la medida era suficientemente clara para concluir que los EUA habían demostrado *prima facie* la incompatibilidad.²⁹²

El párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna disponía que los miembros asegurarían que los autores gozaran, en lo que concierne a sus obras, de los derechos especialmente establecidos en él. El párr. 1 del art. 4, disponía que ciertas obras *no* gozarían de la protección del DA y esa Ley aseguraría los derechos especialmente establecidos por ese Convenio. En consecuencia, el GE confirmó su conclusión de que el párr. 1 del art. 4 de la LDA, era incompatible con el párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna y que sus

²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 7.136.

²⁹¹ *Ibidem*, párr. 7.117, párr. 7.137 al párr. 7.139.

²⁹² *Ibidem*, párr. 7.140 al párr. 7.142.

constataciones no afectaban al derecho de China de hacer exámenes del contenido.²⁹³

Análisis del párr. 2) del art. 5 del Convenio de Berna, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los EUA alegaron²⁹⁴ que China subordinaba el goce y el ejercicio del DA, a la formalidad de la conclusión satisfactoria del examen del contenido, de manera incompatible con el párr. 2) del art. 5 del Convenio de Berna. Las obras no autorizadas, no estaban protegidas por la LDA. La protección de la LDA empezaba sólo después de que la obra había sido sometida al examen del contenido y si era aprobada sin cambios. La protección dependía de la autorización de publicación y distribución como resultado satisfactorio del proceso de examen del contenido. Un examen del contenido que afectara al ejercicio de los derechos imponía una “formalidad” en el sentido del párr. 2) del art. 5 del Convenio de Berna.

China alegó²⁹⁵ que: 1) la protección del DA nacía en el momento de la creación de una obra, 2) durante la espera de su examen, gozaban de la gama completa de DA 3) con arreglo al sistema de DA de China, el DA se distinguía de la “protección del DA”, 4) el párr. 1 del art. 4, no eliminaba el DA, solo denegaba los derechos particularizados de observancia del DA privado, por lo que no era una condición que precedía a la formación del DA y 5) no destruía el DA residual otorgado con arreglo al art. 2 de la LDA.

Examen del GE. El GE observó²⁹⁶ que esta alegación se refería a la denegación de la protección del DA con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA. El GE ya se había pronunciado al respecto en el examen del párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, no contribuiría a una solución positiva de esta DS. Fue innecesario que el GE se pronunciara. Aplicó el principio de economía procesal.

Alegación al amparo del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta disposición establece:²⁹⁷

1. Los miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra *cualquier acción infractora de los derechos*

²⁹³ *Ibidem*, párr. 7.143 y párr. 7.144.

²⁹⁴ *Ibidem*, párr. 7.145 y párr. 7.147.

²⁹⁵ Art. 2 de la LDA y al art. 6 del Reglamento de aplicación de la LDA. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.146 y párr. 7.148.

²⁹⁶ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.153.

²⁹⁷ *Ibidem*, párr. 7.170.

de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.

Los EUA alegaron que China no garantizaba en su legislación procedimientos de observancia, como los especificados en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC, y conforme lo requerido en el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, por lo tanto, los autores de las obras a las que se denegaba la protección del DA no se beneficiaban de los recursos para asegurar la observancia especificados en el cap. V de la LDA, en razón de la afirmación de China de que el párr. 1 del art. 4 de la LDA denegaba sólo la “protección del DA” y no el “DA”.²⁹⁸

China afirmó²⁹⁹ que: 1) el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC sólo exigía que se establecieran procedimientos de observancia para los derechos abarcados por él. Si un derecho no estaba abarcado, no había ninguna obligación de hacerlo respetar, 2) la norma para los procedimientos de observancia era que permitieran “la adopción de medidas eficaces”. La prohibición de la publicación del contenido en su totalidad, era su procedimiento de “medidas eficaces” contra todo intento de publicar ese contenido y 3) el autor de una obra podía recurrir a los tribunales y solicitar medidas correctivas independientemente del fallo que en definitiva pronunciara un tribunal.

Examen por el GE. El GE observó³⁰⁰ que el cap. V de la LDA,³⁰¹ sobre responsabilidades jurídicas y medidas de observancia, en su art. 46 previa la responsabilidad civil por 11 tipos de actos de incumplimiento y en su art. 47 establecía la responsabilidad civil y administrativa y previa la investigación de la responsabilidad penal con respecto a 8 tipos específicos de actos. En ambos artículos, varios tipos de estos actos correspondían a los derechos establecidos en el art. 10 de la LDA. Esta alegación planteó algunas cuestiones de interpretación.

²⁹⁸ *Ibidem*, párr. 7.161 y párr. 7.163.

²⁹⁹ *Ibidem*, párr. 7.162 y párr. 7.164.

³⁰⁰ *Ibidem*, párr. 7.166.

³⁰¹ Previa procedimientos de observancia contra los actos de infracción del DA, con inclusión de órdenes de cesar los actos de infracción, pagar indemnizaciones por los daños y confiscar los productos infractores, y de medidas provisionales para ordenar el cese de la infracción y preservar la propiedad. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.167.

La primera se refirió al ámbito de aplicación de la frase *del* párr. 1 del art. 41: “cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo”. El concepto PI se definía en el párr. 2 del art. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, a saber: “[...] la expresión propiedad intelectual abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II”. Estas disposiciones prevenían el otorgamiento de varios derechos a los autores con respecto a sus obras literarias y artísticas. Todo acto comprendido dentro del alcance de esos derechos realizado en relación con obras protegidas sin la autorización del titular del derecho, o fuera del marco de una excepción aplicable, era *a priori* un acto de infracción.³⁰²

En consecuencia, un acto de infracción del DA sobre una obra literaria o artística, conforme lo previsto en las disposiciones del Convenio de Berna incorporadas en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, era una acción infractora de los DPI, en el sentido de la primera frase del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC.

China reconoció³⁰³ que al titular del derecho sobre una obra a la que se había denegado la protección del DA con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA, se le denegaban los derechos particularizados de observancia del DA privado y explicó que el principio fundamental era que la LDA, no aseguraría la protección que brindaba la legislación sobre el DA con respecto a las obras cuyo contenido era ilegal.

En opinión del GE, con esto se reconocía que, pese a la supuesta existencia del DA en virtud del art. 2 de la LDA, no había procedimientos de observancia aplicables contra cualquier acción infractora del DA sobre las obras pertinentes, como se exigía en el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. China rechazó la afirmación de que el Acuerdo sobre los ADPIC se refería a los derechos denegados por el párr. 1 del art. 4 de la LDA. Esta defensa se desprendió de la opinión de China de que, en virtud del art. 17 del Convenio de Berna, estaba facultada para denegar los derechos previstos en el párr. 1) del art. 5 de ese Convenio.³⁰⁴

Esta opinión no permitía ninguna defensa en contra de la alegación de que los derechos denegados por el párr. 1 del art. 4 de la LDA, incluían la protección contra cualquier acción infractora de los DPI a que se refería el

³⁰² DS362. *Informe del GE*, párr. 7.171 al párr. 7.173.

³⁰³ *Ibidem*, párr. 7.174.

³⁰⁴ *Ibidem*, párr. 7.175 y párr. 7.176.

Acuerdo sobre los ADPIC, en el sentido de la primera frase del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC.

La segunda cuestión, se refirió a la naturaleza de la obligación, de asegurar que en su legislación nacional se establecieran procedimientos de observancia de los DPI “conforme a lo previsto en la presente Parte que permitían la adopción de medidas eficaces”. El art. 41 se encontraba en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC. La referencia “la presente Parte” era una referencia a los procedimientos de observancia especificados en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC.³⁰⁵

China afirmó³⁰⁶ que los procedimientos de observancia del cap. V de la LDA, estaban establecidos en el sentido de que los autores de todas las obras tenían acceso a procesos de observancia independientemente de que tuvieran pruebas adecuadas o un derecho válido al cumplimiento.

El GE observó, que este argumento afirmaba que un miembro podía asegurar que hubiera procedimientos de observancia establecidos conforme a lo especificado en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC, simplemente no impidiendo que los titulares de los derechos plantearan y llevaran adelante una alegación en vano y que, si bien los titulares de derechos a cuyas obras se había denegado protección en virtud del párr. 1 del art. 4 de la LDA, podían o no tener acceso a procesos de observancia. Los procedimientos de observancia que debían existir conforme a la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC eran mucho más amplios.³⁰⁷

Esto se desprendía claramente, entre otras cosas, del texto del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, que especificaba que estos procedimientos incluían “recursos”. Los aa. 44, 45, 46 y 50 de este Acuerdo especificaban que las autoridades judiciales estaban facultadas para emitir ciertas órdenes, tales como mandamientos judiciales, órdenes de pagos por daños, órdenes para la eliminación o destrucción de mercancías infractoras y medidas provisionales. Cuando se denegaba la protección del DA a una obra en virtud del párr. 1 del art. 4 de la LDA, las autoridades judiciales no tenían esa facultad con arreglo al cap. V de la LDA.

En consecuencia, este conjunto de procedimientos de observancia, incluidos los recursos, no estaban a disposición de los titulares de los derechos como lo exigía el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC.

³⁰⁵ *Ibidem*, párr. 7.177.

³⁰⁶ *Ibidem*, párr. 7.178.

³⁰⁷ *Ibidem*, párr. 7.179.

China afirmó³⁰⁸ que una prohibición completa de la publicación de una obra era una forma de medida eficaz y que era en cierto sentido una forma alternativa de observancia contra las infracciones. El GE observó que la gama de derechos exclusivos reconocidos en el Convenio de Berna que era posible que se infringieran era más amplia que un simple derecho a autorizar la publicación.

En todo caso, la eficacia de una prohibición estatal de publicación no era pertinente. La Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC, incluía un conjunto mínimo acordado multilateralmente de procedimientos de observancia que los miembros debían poner a disposición de los titulares de derechos contra cualquier infracción de los DPI abarcados por el Acuerdo sobre los ADPIC.

Cuando un miembro decidía establecer otros procedimientos -para la observancia de los DPI o para la observancia de otras políticas con respecto a determinadas materias- esa elección de política no disminuía la obligación que el miembro tenía en virtud del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, de garantizar que hubiera procedimientos de observancia conforme a lo previsto en la Parte III.

Por las razones que anteceden, el GE concluyó³⁰⁹ que la LDA, específicamente la primera frase del art. 4, era incompatible con las obligaciones de China en virtud del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque China no ponía a disposición de los titulares de derechos procedimientos de observancia contra cualquier infracción de los DPI abarcados por el Acuerdo sobre los ADPIC (Parte III y párr. 1 del art. 41).

Alegaciones al amparo del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los EUA alegaron³¹⁰ que los procedimientos penales a que se hacía referencia en el art. 47 de la LDA de China no estaban disponibles con respecto a las obras a las que se denegaba la protección del DA con arreglo al art. 4 de esa Ley. China no previa ni aseguraba la disponibilidad de procedimientos y sanciones penales aplicables a casos de piratería lesiva del DA a escala comercial, como lo exigían las frases primera y segunda del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Examen del GE. El GE observó³¹¹ que estas alegaciones se referían a la denegación de la protección del DA en virtud del párr. 1 del art. 4 de la LDA,

³⁰⁸ *Ibidem*, párr. 7.180.

³⁰⁹ *Ibidem*, párr. 7.181.

³¹⁰ *Ibidem*, párr. 7.182 y párr. 7.183.

³¹¹ *Ibidem*, párr. 7.185.

y su impacto en la observancia, por lo que ya se había pronunciado en su examen de las alegaciones hechas al amparo del párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna, y del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, respectivamente. Esta alegación se detalla en la tercera alegación de esta DS.

Conclusiones con respecto a la LDA. El párr. 1 del art. 4 de la LDA:³¹²

- Era suficientemente claro, para demostrar que denegaba la protección del DA contenida en el art. 10 de la LDA, a determinadas obras, incluidas obras de nacionales de miembros de la OMC. Este artículo, era la disposición por la que se aplicaban los derechos especialmente establecidos por el Convenio de Berna, pero se denegaban estos derechos. Se refería a obras prohibidas por contenidos considerados ilegales con arreglo a los criterios establecidos en las leyes y reglamentos chinos pertinentes, incluidos los reglamentos sobre el examen del contenido.
- Denegaba protección a: 1) obras cuyo contenido no había sido aprobado en el examen del contenido y 2) las porciones suprimidas de las obras editadas para satisfacer el examen del contenido, en la medida en que éstas constituían obras protegidas por el DA, en consecuencia, *era incompatible* con las obligaciones de China en virtud del párr. 1) del art. 5 del Convenio de Berna de 1971, incorporado en virtud del párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, pese a los derechos de China reconocidos en el art. 17 del Convenio de Berna.

El GE aplicó el principio de economía procesal respecto a las alegaciones hechas al amparo del: 1) párr. 2) del art. 5 del Convenio de Berna (1971),³¹³ Denegación de la protección del DA con arreglo al párr. 1 del art. 4 de la LDA, 2) art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. China no preveía ni aseguraba la disponibilidad de procedimientos y sanciones penales aplicables a casos de piratería lesiva del DA a escala comercial y 3) párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. China no ponía a disposición de los titulares de derechos procedimientos de observancia contra cualquier infracción de los DPI abar-

³¹² *Ibidem*, párr. 7.50, párr. 7.52, párr. 7.53, párr. 7.56, párr. 7.82, párr. 7.103, párr. 7.114, párr. 7.117 y párr. 7.118.

³¹³ Incorporado por el párr. 1 del art. 9 del Acuerdo sobre los ADPIC. DS362. *Informe del GE*, párr. 8.2.

cados por el Acuerdo sobre los ADPIC. Ninguna constatación afectaba el derecho de China a hacer exámenes del contenido.³¹⁴

III. SEGUNDA ALEGACIÓN: ELIMINACIÓN DE LAS MERCANCÍAS INFRACTORAS DE DPI DECOMISADAS POR LAS AUTORIDADES ADUANERAS CHINAS

Esta alegación se hizo al amparo del art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dispone:³¹⁵

Recursos

Sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al titular del derecho y a reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, *las autoridades competentes estarán facultadas para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el artículo 46.* En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no permitirán, salvo en circunstancias excepcionales, que las mercancías infractoras se reexporten en el mismo estado ni las someterán a un procedimiento aduanero distinto.³¹⁶

La disposición *supra*, incorporaba los principios establecidos en el art. 46 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dispone:

Otros recursos

Para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, *las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho,* o que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes. Las autoridades judiciales estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones. Se tendrán en cuenta, al dar curso a las correspondientes solicitudes, tanto la necesidad de que haya proporción en-

³¹⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.117, párr. 7.137 al párr. 7.139, párr. 7.143, párr. 7.144, párr. 7.181, párr. 7.191 y párr. 7.192.

³¹⁵ *Ibidem*, párr. 7.213.

³¹⁶ OMC. *Acuerdo sobre los ADPI relacionados con el Comercio*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

tre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.³¹⁷

Alegaciones de las partes. EUA alegó al amparo del art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, en la medida en que incorporaba el art. 46 del mismo Acuerdo, que:³¹⁸

- Las medidas aduaneras creaban un *sistema obligatorio de opciones de eliminación* para que las autoridades aduaneras competentes chinas no ejercieran libremente sus facultades. El sistema no facultaba a las autoridades a ordenar la *destrucción* de las mercancías infractoras, requeridas por el art. 59. Se daba *prioridad a opciones* que permitían que las mercancías infractoras entraran en los circuitos comerciales o causaran de otro modo daños al titular del derecho.
- Las opciones de eliminación eran: 1) la *donación a órganos de bienestar social*, nada parecía impedir que esos órganos vendieran las mercancías infractoras, y esto podía perjudicar al titular de un derecho, 2) la *venta al titular del derecho* le perjudicaba en la cuantía que éste pagaría por las mercancías infractoras y 3) la *subasta* no era un método de eliminación de los circuitos comerciales y si el titular del derecho no consentía en ella, también podía perjudicarlo.

China respondió que:³¹⁹

- Sus autoridades aduaneras estaban facultadas para ordenar tanto la “eliminación” como la “destrucción” de las mercancías infractoras de conformidad con el art. 59. La *donación* y la *venta* eran medios de eliminación de los circuitos comerciales de forma que se evitara causar daños al titular del derecho.
- La legislación china establecía criterios que reflejaban una preferencia oficial por el uso de métodos de eliminación distintos de la destrucción, pero la Aduana estaba facultada para determinar si los criterios establecidos se satisfacían, y en consecuencia, qué

³¹⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.257.

³¹⁸ *Ibidem*, párr. 7.197.

³¹⁹ *Ibidem*, párr. 7.198.

método de eliminación era el adecuado. La supuesta jerarquía de opciones de eliminación no menoscaba la capacidad de la Aduana para ordenar la *destrucción* de las mercancías infractoras.

- La obligación establecida en el art. 59 de otorgar *facultades* para ordenar la destrucción no significaba que los miembros tuvieran que otorgar facultades discrecionales irrestrictas y no especificadas y que los organismos nacionales gozaran de poderes absolutos para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras en cualquier circunstancia.

EUA respondió que:³²⁰

- El art. 59 requería que se otorgaran facultades plenas para eliminar o destruir las mercancías infractoras decomisadas de conformidad con los principios de la primera frase del art. 46. Las autoridades debían estar *facultadas* para escoger entre cualquier opción legítima y disponer de las mercancías desde el primer momento en que se constatará que eran infractoras, y hasta que se dispusiera finalmente de ellas.
- Las medidas aduaneras eran incompatibles con el principio enunciado en la cuarta frase del art. 46, porque nada sugería que la subasta de mercancías después de la retirada de la marca infractora sólo estuviera permitida en *casos excepcionales*.

China respondió que:³²¹

- El Acuerdo sobre los ADPIC no la obligaba a asegurarse de que ninguna mercancía infractora eliminada de los circuitos comerciales causara daños al titular del derecho. Más bien, la Aduana tenía que estar *facultada* para eliminar las mercancías infractoras confiscadas de los canales comerciales para evitar causar daños al titular del derecho.
- La determinación de lo que constituye un otorgamiento de facultades adecuado conforme al Acuerdo sobre los ADPIC, dependía mucho de las circunstancias. Las facultades de la Aduana eran adecuadas para adoptar decisiones. Su autonomía, y su restricción

³²⁰ *Ibidem*, párr. 7.199 y párr. 7. 201.

³²¹ *Ibidem*, párr. 7.200 y párr. 7.202.

normativa obedecían a intereses públicos legítimos, disuadían de las infracciones y evitaban daños al titular del derecho.

- Si la cuarta frase del art. 46 estableciera una obligación independiente para las autoridades aduaneras (cosa que no reconoció), la Aduana cumpliría esa obligación porque retiraría *todas* las características infractoras, no sólo las marcas de fábrica o de comercio, y recabaría observaciones de los titulares de los derechos.
- El uso de la palabra *colocación* aludía a la recuperación por el infractor. La Aduana utilizaba un precio de reserva a un costo irrazonablemente bajo en las subastas para asegurarse de que los infractores no compraran las mercancías confiscadas y las pusieran de nuevo en circulación, es decir, que ya no tuvieran beneficios económicos. Esto satisfacía la finalidad de la cuarta frase del art. 46. La palabra *bastará* permitía la colocación de mercancías en los circuitos comerciales, y no sólo en casos excepcionales. Plantea la posibilidad de que las subastas sean *excepcionales*.

Descripción de las medidas en litigio. Las tres medidas en litigio objeto de esta alegación se denominaron “medidas aduaneras” y fueron consideradas por los EUA incompatibles con el art. 59.³²² Las medidas aduaneras fueron:

- *Reglamento sobre protección en aduana de los DPI.* Establecía un procedimiento para que la Aduana adoptara medidas de protección frente a mercancías sospechosas de infringir marcas de fábrica o de comercio, DA y derechos conexos y derechos de patente con ocasión de su importación o exportación. Su art. 27, previa el decomiso de las mercancías infractoras de DPI. Su tercer párrafo enunciaba distintas opciones para la *eliminación* o *destrucción* de esas mercancías. El texto decía:³²³

Cuando las mercancías decomisadas que infrinjan derechos de propiedad intelectual puedan utilizarse para actividades de bienestar público social, la Aduana entregará esas mercancías a los órganos de bienestar público pertinentes para su uso en actividades de bienestar público social. Cuando el titular de los derechos de propiedad intelectual tenga intención de comprarlas, la Aduana podrá asignárselas

³²² *Ibidem*, párr. 7.196.

³²³ Formulado de conformidad con la Ley de Aduanas de China (LA). DS362. *Informe del GE*, párr. 7.193.

con compensación. Cuando las mercancías infractoras de derechos de propiedad intelectual decomisadas no puedan utilizarse para actividades de bienestar público social y el titular de los derechos de propiedad intelectual no tenga intención de comprarlas, la Aduana podrá, tras erradicar las características infractoras, subastarlas de conformidad con lo dispuesto en la ley. Cuando sea imposible erradicar las características infractoras, la Aduana destruirá las mercancías.

- *Las Medidas de Aplicación del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI (Medidas de Aplicación)*. Formuladas de conformidad con la Ley de Aduanas de China (LA); y otras leyes y reglamentos administrativos para velar por la aplicación efectiva del Reglamento citado *supra inciso 1*). Su art. 30 establecía:³²⁴

La Aduana eliminará las mercancías infractoras que haya decomisado de conformidad con las siguientes disposiciones:

- 1) Cuando las mercancías de que se trate puedan ser utilizadas directamente para bienestar público social o el titular de los derechos de propiedad intelectual desee comprar las mercancías, la Aduana entregará (*Customs shall hand*) las mercancías a los órganos de bienestar social pertinentes para uso con fines de bienestar público social o las asignará al titular de los derechos de propiedad intelectual con compensación;
- 2) Cuando las mercancías de que se trate no puedan eliminarse de conformidad con el párrafo 1) pero las características infractoras puedan erradicarse, las mercancías se subastarán (*shall be auctioned*) de conformidad con lo dispuesto en la ley tras la erradicación de las características infractoras. Las cantidades obtenidas en la subasta se ingresarán (*shall be turned*) en el tesoro público; y
- 3) Cuando las mercancías de que se trate no puedan eliminarse de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1) y 2), se destruirán.

Cuando la Aduana destruya las mercancías infractoras el titular de los derechos de propiedad intelectual prestará la asistencia necesaria. En los casos en que los órganos de bienestar social pertinentes utilicen las mercancías infractoras decomisadas por la Aduana con fines de bienestar público social, o el titular de los derechos de propiedad

³²⁴ Informe del GE, párr. 7.194.

intelectual asista a la Aduana a destruir las mercancías infractoras, la Aduana ejercerá la supervisión necesaria.

- *El Aviso Público No 16/2007*, notificado por la AGA, entre otras cosas para regular la subasta de mercancías infractoras por la Aduana de conformidad con el art. 27 del Reglamento citado *supra inciso* 1). Los párrafos pertinentes decían:³²⁵

1. Cuando las mercancías infractoras decomisadas sean subastadas por la Aduana, ésta erradicará completamente todas las características infractoras de las mercancías y sus embalajes ateniéndose estrictamente a lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento, incluida la erradicación de las características que infrinjan marcas de fábrica o de comercio, derechos de autor, patentes y otros derechos de propiedad intelectual. Toda mercancía cuyas características infractoras no puedan erradicarse completamente será destruida y no se subastará.

2. La Aduana recabará observaciones del titular de los derechos de propiedad intelectual antes de subastar las mercancías infractoras.

Examen del GE. En esta alegación se impugnaron las medidas aduaneras *en sí mismas*.³²⁶ Las partes discreparon sobre la interpretación de éstas, por consiguiente, el GE hizo una evaluación objetiva de su sentido, a fin de determinar su conformidad con las obligaciones que correspondían a China en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

Se inició con el análisis del art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, para interpretarlo en su integridad y contexto. Se resaltó que este artículo formaba parte de un conjunto de procedimientos de la Secc. 4 de la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC, relativa a las “Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera”, es decir de los procedimientos para que las autoridades aduaneras suspendieran en la frontera el despacho de las mercancías para libre circulación. El art. 59 exponía el procedimiento aplicable después de que se había constatado que las mercancías eran infractoras. Sus términos clave como: 1) mercancías infractoras, 2) autoridades competentes, 3) titular del derecho y 4) demandado, tenían que entenderse en ese contexto.

³²⁵ *Ibidem*, párr. 7.195.

³²⁶ *Ibidem*, párr. 7.212, párr. 7. 213 al párr. 7. 216.

Los términos clave, no se definían en el art. 59, pero la primera parte del art. 51 del Acuerdo sobre los ADPIC, que formaba parte de su contexto ayudó a su interpretación.

Mercancías infractoras. La primera frase del art. 59 era aplicable a las “mercancías infractoras”. El sentido corriente de esta frase no se limitaba a las mercancías que infringieran cualquier derecho específico, pero si se interpretaba en su contexto (todos los artículos que forman parte de la secc. 4)) se observaban ciertas limitaciones.³²⁷

La primera parte del art. 51³²⁸ disponía que los procedimientos pertinentes se aplicarían, como mínimo, a la *importación* de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías piratas que lesionaban el DA, en consecuencia, esto era aplicable al art. 59. La segunda parte contemplaba una extensión opcional a *otras infracciones de los DPI*,³²⁹ como, mercancías que infringían marcas de fábrica o de comercio y DA, sin ser mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, así como a mercancías que infringían otras categorías de DPI, como las patentes. El GE constató que no había obligación de aplicar las prescripciones del art. 59 a las mercancías destinadas a la exportación. El art. 59 no era aplicable a las medidas aduaneras en tanto en cuanto estas se aplicaban a mercancías destinadas a la exportación.

En el art. 2 del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI, en las Medidas de Aplicación y en el Aviso Público No 16/2007, se estipulaba que la protección en aduana de los DPI, significaba la protección otorgada por la Aduana a los derechos exclusivos a utilizar una *marca de fábrica o de comercio, DA y derechos conexos, y derechos de patente*. Era evidente que las infracciones de DPI abarcadas por las medidas aduaneras incluían no sólo las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y las mercancías piratas, sino también las mercancías infractoras de marcas de fábrica o de

³²⁷ *Ibidem*, párr. 7.221.

³²⁸ Primera parte. Art. 51. Los miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación.

³²⁹ Segunda parte. Art. 51. Los miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.222 al párr. 7.224 y párr. 7.231.

comercio, de DA y de patentes. El GE constató que el art. 59 era aplicable a las medidas aduaneras en cuanto que esas medidas eran aplicables a todas esas infracciones de DPI.³³⁰

Autoridades competentes. La expresión, *estarán facultadas* de la primera parte del art. 59, establecía la obligación de que las autoridades competentes estuvieran facultadas para ordenar determinados tipos de recursos con respecto a las mercancías infractoras. Se explicó que las obligaciones establecidas en el art. 59:³³¹

- Eran aplicables cuando las autoridades aduaneras habían suspendido el despacho a libre circulación de mercancías que se sospechaba infringían DPI.
- Implicaban que las autoridades competentes *estuvieran facultadas* para dictar determinadas órdenes desde el momento en que constataran que las mercancías objeto de la suspensión del despacho en la frontera eran infractoras (aquí se activaba la obligación) hasta el momento en que se ordenaba un recurso (la obligación subsistía hasta este momento). No se establecía ninguna otra limitación del ámbito temporal de las obligaciones.

En este sentido, el GE:

- Observó que la palabra *authority* (facultades) podía definirse como, poder o derecho de exigir obediencia, supremacía moral o jurídica, derecho a ordenar o adoptar una decisión definitiva.³³² La obligación era la de “estar” facultado, no la de “ejercitar” facultades. La obligación establecida en el art. 46 de que determinadas autoridades “estén facultadas” para dictar determinadas órdenes ponía de manifiesto, que las órdenes relativas a infracciones específicas quedarían al arbitrio de las autoridades encargadas de la observancia.
- Explicó que la obligación de que las autoridades competentes “estén facultadas” para dictar determinadas órdenes no era una obligación de ejercitar esas facultades en una forma concreta, salvo que se especificara otra cosa. La obligación de estar facultado para ordenar

³³⁰ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.225 y párr. 7.226.

³³¹ Ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el art. 46. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.234.

³³² *Power or right to enforce obedience; moral or legal supremacy; right to command or give a final decision* DS362. *Informe del GE*, párr. 7.236, párr. 7.241 y párr. 7.242.

determinados tipos de recursos no era una obligación de estar facultado para ordenar *únicamente* esos recursos. La obligación en los aa. 46 y art. 59 era que las autoridades “estén facultadas” para ordenar determinados tipos de recursos (apartar, destruir, etc.).

- Observó que una de las principales razones del Acuerdo sobre los ADPIC fue el deseo de establecer un conjunto mínimo de procedimientos de observancia y recursos a los que las autoridades competentes, debían recurrir, (igual que en otros acuerdos internacionales en materia de PI). Los negociadores del Acuerdo de los ADPIC, abordaron, en la primera parte del art. 46, el apartamiento de los circuitos comerciales y la destrucción, y en la cuarta parte, con respecto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, estableciendo un grado mínimo de modificación del estado de las mercancías antes de su colocación en los circuitos comerciales.

China abordó el grado en que la subasta, aunque no satisfacía la prescripción de que las mercancías se eliminaran apartándolas de los circuitos comerciales, podría aun así evitar que se causaran daños al titular del derecho, pero a juicio del GE, la interpretación de las palabras *de forma que se evite causar daños al titular del derecho* (prescripción) se basaba en una lectura selectiva del art. 46 de un sólo un recurso: el apartamiento de las mercancías de los circuitos comerciales. Esto no excluía la posibilidad de que otras acciones, especialmente la colocación en los circuitos comerciales, estuvieran sujetas a prescripciones, siempre que éstas se estipularan en los términos de los aa. 46 ó 59.³³³

El GE observó³³⁴ que la referencia a alternativas en el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, implicaba una condición especial, se requería que se otorgaran facultades para ordenar la destrucción o la eliminación como suficiente para satisfacer la obligación establecida en su primera frase. Una condición que excluyera las facultades para ordenar un recurso (*virg.* la destrucción) podría ser compatible con el art. 59 siempre que las autoridades competentes estuvieran aun así facultadas para ordenar el otro recurso (*virg.* la eliminación).

Titular del derecho. El GE observó³³⁵ que una característica común de las seccs., 2, 3 y 4 de la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC, era que por

³³³ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.243 y párr. 7.244.

³³⁴ *Ibidem*, párr. 7.246.

³³⁵ *Ibidem*, párr. 7.247.

lo general la iniciación de los procedimientos era responsabilidad de los titulares de derechos privados. Las referencias a: un *demandante* “titulares de derechos” (aa. 42, 50 y 51), *solicitudes* (art. 46), *instancia* (art. 48) y la *opción* de permitir la actuación de oficio (art. 58), en contexto, permitían que las palabras *estarán facultadas* se entendieran que no obligaban a los miembros a adoptar ninguna medida a falta de una solicitud o petición. Las autoridades sólo estaban facultadas previa solicitud o petición.

Esto era coherente con la naturaleza de los DPI como derechos privados, como se reconoció en el cuarto considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC. Los procedimientos de adquisición de derechos sustantivos y los procedimientos civiles de observancia generalmente tenían que ser iniciados por el titular del derecho, y no de oficio.

Destrucción o eliminación. Las facultades requeridas por el art. 59 concernían a dos tipos de recursos: 1) destrucción o 2) eliminación. No hubo controversia sobre el sentido de “destrucción”. En cuanto a la “eliminación” (*disposal*) interpretada en su contexto, y como se indicaba en el art. 46 y conforme a los textos del art. 59, en Francés³³⁶ y Español³³⁷ ambos igualmente auténticos, se acordó que la interpretación adecuada de este término era: *eliminación de los circuitos comerciales*. El GE aludió colectivamente a “*destrucción y eliminación*” como *métodos de eliminación*.³³⁸

Al respecto, los EUA:³³⁹

- Objetaron a lo que consideraron las *muy limitadas circunstancias* en las que las medidas aduaneras permitían la destrucción. China no lo negó, pero adujo que la Aduana tenía considerable arbitrio para decidir si esas limitaciones eran aplicables.
- Alegaron que las medidas establecían una secuencia *obligatoria* de pasos, ya que las autoridades no disponían de ninguno de los tipos de facultades requeridas en una situación dada, si las medidas en litigio las obligaban a ordenar otro método de eliminación

³³⁶ Francés. Facultades para ordenar *la mise hors circuit*, lo que era una referencia a las facultades para ordenar que las mercancías infractoras fueran *écartées des circuits commerciaux* conforme al art. 46.

³³⁷ Español. Facultades para ordenar la *eliminación*, que, interpretado en su contexto como alternativa a la *destrucción*, era evidentemente una referencia a facultades para ordenar que las mercancías infractoras fueran *apartadas de los circuitos comerciales* conforme al art. 46.

³³⁸ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.249 y párr. 7.250.

³³⁹ *Ibidem*, párr. 7.252.

no requerido por el art. 59. Esto planteó la denominada *distinción imperativo/discrecional*.

En este sentido, el GE:³⁴⁰

- Recordó su constatación de que China estaba autorizada a limitar las facultades para ordenar la destrucción de mercancías infractoras siempre que sus autoridades competentes estuvieran en esos casos facultadas para ordenar la eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios del art. 46. Las limitaciones sólo eran pertinentes en la medida en que demostraran que la Aduana no estaba facultada para ordenar *ni* la destrucción de las mercancías infractoras *ni* su eliminación de conformidad con dichos principios.
- Observó que las facultades para ordenar que se recurriera a un método de eliminación comprendido en el ámbito del art. 59, serían a menudo discrecionales, ya que la obligación de que las autoridades competentes “estén facultadas” para dictar órdenes concretas se aplicaba a lo que la legislación interna *permitiera* que esas autoridades ordenaran. Por tanto, la obligación establecida en el art. 59, era aplicable a medidas tanto imperativas como discrecionales.

Las medidas aduaneras en litigio contemplaban tres opciones de eliminación además de la destrucción: 1) la donación a órganos de bienestar social, 2) la venta al titular del derecho, y 3) la subasta. Que son las que se abordarán en este apartado del libro. Los EUA alegaron que *ninguna* de esas opciones era conforme a principios establecidos en el art. 46. Todas excluían las facultades para ordenar la destrucción.

- Procedió a: 1) determinar los principios establecidos en el art. 46, 2) evaluar las facultades otorgadas a la Aduana para ordenar: a) la donación a órganos de bienestar social, y b) la venta al titular del derecho, a fin de determinar si constituían facultades para ordenar la eliminación de conformidad con los principios del art. 46 y 3) evaluar las facultades otorgadas a la Aduana para ordenar que las mercancías infractoras se subastaran

³⁴⁰ *Ibidem*, párr. 7.251, párr. 7.253 y párr. 7.254.

*Principios establecidos en el art. 46.*³⁴¹ La primera frase del art. 59 disponía que las autoridades competentes estuvieran facultadas para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el art. 46. El GE observó que este artículo: 1) aludía a facultades e 2) incorporaba principios que atañían a las facultades para ordenar la *destrucción o eliminación* de las mercancías infractoras de los circuitos comerciales. El GE observó en el art. 46 (consultar al inicio de esta alegación) que:

- Su primera parte de aludía a las *facultades* para ordenar que las *mercancías infractoras* fueran apartadas o destruidas, por lo tanto, era pertinente por lo que respectaba al art. 59.
- Su segunda parte, aludía al apartamiento de materiales e instrumentos, por lo que no era aplicable.
- Su tercera parte, aludía a *las correspondientes solicitudes*, se refería a la consideración de solicitudes de órdenes de que las mercancías infractoras fueran apartadas de los circuitos comerciales o destruidas. Esta parte también era pertinente a los efectos del art. 59.³⁴²
- Su cuarta parte:
- Aludía a mercancías infractoras de marca de fábrica o de comercio falsificadas. No hacía referencia expresa a facultades para ordenar la destrucción o apartamiento de los circuitos comerciales, pero el contexto demostraba que el principio de proporcionalidad enunciado en la parte anterior orientaba la elección de las autoridades competentes entre los recursos especificados en la primera parte y cualesquiera recursos alternativos.
- Enunciaba una circunstancia que las autoridades debían tener en cuenta al escoger entre los recursos requeridos (los especificados en la primera parte) y la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales, si tal orden era posible.
- Atañía al alcance de las facultades para escoger entre la destrucción o el apartamiento de los circuitos comerciales y la colocación en los circuitos comerciales, si ese recurso era posible. Por tanto, pertinente a los efectos del art. 59.

³⁴¹ *Ibidem*, párr. 7.255 al párr. 7.259 y párr. 7.263.

³⁴² Que se negoció durante la Ronda Uruguay en el Grupo de Negociación sobre los Aspectos de los DPI Relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.260 y párr. 7.262.

La palabra *principles* (principios) se definió como una norma o ley general adoptada o reconocida como orientación para la acción. Era una referencia a un texto orientador de la actuación de las autoridades, por lo que respetaba a las órdenes de destrucción o eliminación de mercancías infractoras. Cada parte del art. 46 contenía un texto orientador de la actuación de las autoridades. Ninguna de ellas establecía los términos exactos de las órdenes en casos específicos.³⁴³

El GE observó gran similitud en el texto y la finalidad de las dos disposiciones (aa. 59 y 46) que preveían el otorgamiento de facultades para ordenar la destrucción o la eliminación con respecto a mercancías que se había constatado infringían DPI, al concluir un procedimiento de observancia. Su interpretación estuvo informada por el objetivo común enunciado al inicio del art. 46: *establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones*, como una orientación para la acción de las órdenes de destrucción o apartamiento de las mercancías infractoras. El GE enunció los siguientes principios contenidos en el art. 46, a los efectos del art. 59:³⁴⁴

- De la primera parte. Las autoridades estarán facultadas para ordenar: 1) el apartamiento o destrucción de conformidad con la primera parte *sin indemnización alguna*, 2) el apartamiento de las mercancías infractoras *de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho* o 3) la destrucción *siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes*.
- De la tercera parte. Se tendrán en cuenta, al dar curso a las correspondientes solicitudes, *tanto la necesidad de que exista proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros*.
- De la cuarta parte. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, *la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará*, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.

El GE observó³⁴⁵ que el principio de la primera parte: *sean apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho*, atañía a

³⁴³ *A general law or rule adopted or professed as a guide to action*. DS362. Informe del GE, párr. 7.264.

³⁴⁴ DS362. Informe del GE, párr. 7.265 al párr. 7.269.

³⁴⁵ *Ibidem*, párr. 7.279.

la eliminación de las mercancías *apartándolas* y no *colocándolas* en los circuitos comerciales.

EUA manifestó su preocupación por el daño que las donaciones podían causar a los titulares de derechos y la posibilidad de que los órganos de bienestar social pudieran vender o distribuir las mercancías con fines caritativos.³⁴⁶ El GE examinó y explicó que el principio estipulaba que las autoridades pertinentes:

- Estarían facultadas para ordenar que las mercancías “sean apartadas”, (en pasiva).
- No estuvieran obligadas a proceder por sí mismas al apartamiento. En la práctica podían encomendar a otro órgano,³⁴⁷ por lo que admitía la posibilidad de participación de otros órganos, como entidades de beneficencia, o el uso público no comercial.
- No eran responsables de la actuación de los órganos que procedían al apartamiento en forma no autorizada. Atañía la “forma” en que las mercancías infractoras se apartaban, no al apartamiento en sí mismo.
- Estaban obligadas a asegurarse de que las mercancías se apartaran de los circuitos comerciales y que la forma de apartamiento *evitara* causar daños. Los términos utilizados aludían a la finalidad, no al resultado.

El GE observó que:³⁴⁸

- El sentido corriente de *avoid* (evitar) podía definirse como³⁴⁹ impedir, prevenir, obviar, que la forma *evitara* causar *any* (cualquier) daño al titular del derecho, no simplemente *harm* (daños) o *some* (algún) daño. La forma de apartamiento debía ser tal que se *evitara causar cualquier daño al titular del derecho*.
- La eliminación de las mercancías infractoras apartándolas de los circuitos comerciales, en contexto, era una alternativa a la destrucción de las mercancías.

³⁴⁶ *Ibidem*, párr. 7.278.

³⁴⁷ *Ibidem*, párr. 7.280.

³⁴⁸ *Ibidem*, párr. 7.281 y párr. 7.282.

³⁴⁹ *Keep off, prevent, obviate*.

- Cualquier riesgo inherente de daño debido simplemente a que las mercancías no habían sido completamente destruidas era insuficiente para que se descartara un método de eliminación, ya que anularía la opción entre *apartamiento* y *destrucción*. Sin embargo, una forma concreta de eliminación era pertinente para evaluar la conformidad con el principio de que el apartamiento de las mercancías de los circuitos comerciales tuviera lugar “de forma que se *evite* causar daños al titular del derecho”.

El GE consideró³⁵⁰ que el art. 46 confirmaba esa interpretación, porque su:

- Cuarta parte disponía expresamente que la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio falsificadas apuesta ilícitamente no bastaría para que se permitiera su colocación *en* los circuitos comerciales, salvo en casos excepcionales.
- Primera parte contenía una prescripción más general de que las facultades requeridas para ordenar el apartamiento de las mercancías de los circuitos comerciales se ejercitaran de forma que se evitara causar daños al titular del derecho. Demostraba que cuando las mercancías se apartaran *de* los circuitos comerciales no se suponía que se requiriera (o que no bastara) la retirada de la marca de fábrica o de comercio.

Seguía siendo posible que, en función de las circunstancias en que las mercancías se apartaran de los circuitos comerciales, la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente causara confusión. La retirada de la marca, la aposición de un justificante de beneficencia o los controles del uso de las mercancías, los métodos de distribución, o la cooperación del titular del derecho sería a ese respecto valiosa, podían evitar la confusión, pero el texto del artículo no lo indicaba como requisito. Sin embargo, la cuestión de los daños al titular del derecho, ya sea a su reputación o por pérdida de ventas debido al apartamiento de las mercancías de los circuitos comerciales sin retirada de la marca apuesta ilícitamente, dependía de las circunstancias.³⁵¹

Donación a órganos de bienestar social (primera parte del art. 46). El GE evaluó³⁵² las facultades de la Aduana para ordenar la donación a órganos de bienestar social a fin de determinar si constituían facultades para ordenar la

³⁵⁰ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.283.

³⁵¹ *Ibidem*, párr. 7.284.

³⁵² *Ibidem*, párr. 7.286 y párr. 7.287.

eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en la primera parte del art. 46, concretamente si esa eliminación constituía el apartamiento de las mercancías de los circuitos comerciales de forma que se evitara causar daños al titular del derecho.

Los EUA adujeron³⁵³ que la donación de *mercancías falsificadas de muy baja calidad*, (piratas, defectuosas, peligrosas o si no funcionaban adecuadamente) obraría en perjuicio de la reputación del titular del derecho o incluso lo expondría a peticiones de indemnización.

China respondió³⁵⁴ que su Aduana nunca donaría mercancías defectuosas o peligrosas, sus disposiciones normativas no irían en contra del *detrimento de intereses públicos* (seguridad de personas que podrían recibir este tipo de mercancías).

El GE recordó que ya había constatado que cualquier riesgo inherente de daño debido al hecho de que las mercancías no habían sido completamente destruidas era insuficiente para descartar un método de eliminación, y que las pruebas de que efectivamente se habían causado daños al titular del derecho debido a la forma de la eliminación eran pertinentes para evaluar si esa forma de eliminación estaba conforme con este principio.

El GE no vio en las pruebas presentadas por los EUA, que la Aduana hubiera donado este tipo de mercancías a entidades de beneficencia, o que se causara, algún daño a la reputación de los titulares del derecho a consecuencia de una donación de mercancías infractoras por tanto, constató que no se había demostrado la alegación de que la Aduana no estuviera facultada para donar mercancías a órganos de bienestar social de forma que se evitara causar al titular del derecho daños ocasionados por mercancías de calidad inferior.³⁵⁵

Los EUA alegaron que *nada parecía impedir que los órganos de bienestar social vendieran las mercancías infractoras que recibían*, lo que reintroduciría esas mercancías en el comercio. China respondió remitiéndose al último párrafo del art. 30 de las Medidas de Aplicación, que disponía:³⁵⁶

³⁵³ *Ibidem*, párr. 7.288 y párr. 7.294.

³⁵⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.290 al párr. 7.293. China hizo también referencia al art. 6 de la Ley sobre Donaciones para Fines de Bienestar Público, que dispone lo siguiente: “La donación se efectuará de conformidad con las leyes y reglamentos, y nunca en violación de la moral social ni en detrimento de intereses públicos y de los derechos e intereses legítimos de otros ciudadanos”. Así como al art. 27 del Reglamento sobre protección en aduana de los DP y art. 30 de las Medidas de Aplicación.

³⁵⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.291 y párr. 7.295.

³⁵⁶ *Ibidem*, párr. 7.298 y párr. 7.299.

En los casos en que los órganos de bienestar social pertinentes utilicen las mercancías infractoras decomisadas por la Aduana con fines de bienestar público social, o el titular de los derechos de propiedad intelectual asista a la Aduana a destruir las mercancías infractoras, *la Aduana ejercerá la supervisión necesaria*.

China sostuvo³⁵⁷ que esa disposición imponía a la Aduana una obligación jurídica de asegurarse de que las mercancías donadas se utilizaran exclusivamente para fines de bienestar social. Presentó como prueba jurídicamente vinculante un “Memorándum de cooperación sobre el uso de mercancías infractoras decomisadas con fines de bienestar social”.³⁵⁸

El GE observó³⁵⁹ que ese texto:

- Obligaba a la Cruz Roja a restringir el uso de las mercancías infractoras, a tomar medidas para impedir su venta, y supervisar el uso. Obligaba y facultaba a la Aduana a vigilar la ubicación y uso de las mercancías. Su art. 5 establecía los derechos y obligaciones de la Cruz Roja, su inciso IV) decía: “notificar sin demora a la Aduana la distribución y el uso de las mercancías si la Aduana lo solicita”. Su art. 7³⁶⁰ prescribía la forma en que debían utilizarse las mercancías donadas a la Cruz Roja.
- Facultaba a la Aduana a requerir a la Cruz Roja que corrigiera cualquier infracción de la restricción del uso o de su deber de tomar medidas para impedir la venta. Su art. 4, inciso II) Obligaba la Cruz Roja a corregir cualquiera de sus actuaciones que se constatará infringían las disposiciones del Memorándum.

³⁵⁷ *Ibidem*, párr. 7.300.

³⁵⁸ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.301. Su art. 4 se establecían los derechos y obligaciones de la Aduana, entre las que figuraban, su inciso iv) disponía que la Aduana debería entregar las mercancías gratuitamente, eran, por tanto, donaciones y no ventas. Memorándum de cooperación entre la AGA y la Sociedad de la Cruz Roja de China (Memorándum Aduana-Cruz Roja). Reproducía disposiciones del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI y de otras leyes y reglamentos administrativos pertinentes. Establecía procedimientos relativos al uso de las mercancías infractoras decomisadas para fines de bienestar social. De fecha 13 de mayo de 2004.

³⁵⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.302 al párr. 7.304.

³⁶⁰ Art. 7 “Las mercancías entregadas a la Cruz Roja por la Aduana estarán restringidas al uso exclusivo para fines de subsistencia de la persona que recibe la ayuda. La Cruz Roja tomará medidas eficaces para impedir que las mercancías se utilicen con otros fines o entren por cualquier medio en los circuitos comerciales”.

Las medidas demostraban que la Aduana era responsable de la forma en que las mercancías se eliminaran. Esa forma evitaba su retorno a los circuitos comerciales. El GE recordó que, de conformidad con los principios del art. 46, la Aduana tenía que estar *facultada* para ordenar que las mercancías se eliminaran apartándolas de los circuitos comerciales. Incumbía a las autoridades asegurarse de que la *forma* en que las mercancías se eliminaran se estableciera de manera que evitara causar daños al titular del derecho.³⁶¹

No hubo en el expediente prueba de que la Aduana incumpliera su deber de asegurarse de que el uso previsto de las mercancías no se eludiera y de que no retornaran a los circuitos comerciales. El GE consideró, que el Memorándum era pertinente para la evaluación de las facultades de la Aduana de eliminar las mercancías infractoras mediante donación.³⁶²

Los EUA observaron³⁶³ que otros órganos de bienestar social no estaban *obligados* a suscribir un acuerdo como el Memorándum citado, por lo que la donación a estos otros órganos podría no estar en conformidad con los principios del art. 46. El GE explicó, que las facultades de la Aduana para donar mercancías a otro órgano de bienestar social no excluían sus facultades para donar mercancías a la Cruz Roja. En la medida en que esas facultades estuvieran en conformidad con los principios del art. 46, la Aduana estaba facultada para ordenar la eliminación tal como se especificaba en el art. 59.

Las medidas en litigio demostraron que, si los órganos de bienestar social se negaban a aceptar donaciones, la Aduana podía considerar otras opciones que en última instancia incluían la destrucción de las mercancías. También demostraron que la Aduana: a) determinaba si las mercancías infractoras podían utilizarse para fines de bienestar público social y b) estaba obligada a ejercer la supervisión necesaria de esa utilización, lo que hacía en virtud del Memorándum Aduana-Cruz Roja.³⁶⁴

El GE recordó que lo que alegaron los EUA era que las tres medidas aduaneras en litigio *no otorgaban facultades discrecionales* a la Aduana para determinar que la transferencia a un órgano de bienestar social no era adecuada en los casos en que el titular del derecho pudiera resultar dañado, y que, en consecuencia, la Aduana no estaba facultada para ordenar la eliminación

³⁶¹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.305.

³⁶² Zapatos deportivos, bolsas de fideos de arroz, polvo detergente, refrigerantes enfriados por aire y calentadores de queroseno. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.306 y párr. 7.307.

³⁶³ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.308 y párr. 7.309.

³⁶⁴ *Ibidem*, párr. 7.310 y párr. 7.311.

de las mercancías infractoras de conformidad con los principios del art. 46. Se desplazó a los EUA la carga de demostrar esta alegación.³⁶⁵

Los EUA hicieron referencia al inciso IV) del art. 17 de la Ley sobre Donaciones para Fines de Bienestar Público,³⁶⁶ que autorizaba a las organizaciones de bienestar público a vender en el mercado mercancías donadas si concurrían determinadas circunstancias.³⁶⁷ China respondió que los términos de un acuerdo de donación concluido con arreglo al art. 12 de esta Ley, como el Memorándum Aduana-Cruz Roja, prevalecían sobre el art. 17 en virtud de lo dispuesto en el art. 18 de la misma Ley.³⁶⁸

El GE adujo que esta Ley no estaba comprendida en su mandato, sólo las tres medidas aduaneras descritas al inicio. Los EUA, pretendían formular una alegación, basándose en las tres medidas aduaneras *en conjunción con esta Ley*, pero el GE, no estaba facultado para pronunciarse sobre tal alegación, por lo que confirmó su constatación de que la Aduana determinaba si las mercancías infractoras podían utilizarse para fines de bienestar público social y que estaba obligada a ejercer la supervisión necesaria de esa utilización, lo que hacía en virtud del Memorándum Aduana-Cruz Roja.³⁶⁹

Si el art. 17 de la citada Ley hubiera sido objeto de consultas entre las partes y se hubiera especificado en la solicitud de establecimiento del GE de conformidad con el párr. 2 del art. 6 del ESD, era probable que las cuestiones sobre la Ley se hubieran discutido debidamente y que el GE hubiera podido haberse forjado una opinión sobre algunas de ellas.

El GE recordó³⁷⁰ que la obligación establecida en el art. 59, atañía a China como miembro, y no a las tres medidas aduaneras que los EUA especificaron en su solicitud de establecimiento de un GE. No hubo motivo alguno por el que todas las condiciones pertinentes a la eliminación de los circuitos comerciales tuvieran que figurar en esas tres medidas, ya que Chi-

³⁶⁵ *Ibidem*, párr. 7.313.

³⁶⁶ La Ley sobre Donaciones para Fines de Bienestar Público es una medida pública, adoptada por el Congreso Nacional del Pueblo de China y promulgada por el presidente de China en 1999.

³⁶⁷ Cuando los bienes donados no sean preservables o transportables o superen la necesidad real, el donatario podrá venderlos, pero todos los ingresos obtenidos se utilizarán en pro de los fines de la donación. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.314, párr. 7.317 y párr. 7.319.

³⁶⁸ Cuando el donatario haya concluido un acuerdo de donación con el donante, utilizará los bienes donados de conformidad con los fines prescritos en ese acuerdo, y no podrá alterar dichos fines sin autorización. Cuando esa alteración realmente sea necesaria, recabará el consentimiento del donante. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.318.

³⁶⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.315 al párr. 7.322.

³⁷⁰ *Ibidem*, párr. 7.323.

na podía determinar libremente el método para cumplir las obligaciones que le correspondían en virtud del art. 59, de conformidad con el párr. 1 del art. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Por las razones expuestas, el GE constató³⁷¹ que los EUA no habían establecido, por lo que respecta a la *donación de mercancías infractoras a órganos de bienestar social* en virtud de las medidas en litigio que la Aduana no estuviera facultada para ordenar la eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en la primera parte del art. 46.³⁷²

Venta al titular del derecho. El segundo método de eliminación establecido en las medidas en litigio era la venta (voluntaria) al titular del derecho, si éste consentía, podía pagar un precio acordado por las mercancías infractoras.³⁷³

El art. 27 del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI³⁷⁴ contemplaba la venta al titular del derecho después de la donación a órganos de bienestar social. Utilizaba el modo verbal traducido como *podrá* (可以). El art. 30 de las Medidas de Aplicación contemplaba la donación a órganos de bienestar social y la venta al titular del derecho como alternativas, sin orden aparente entre ellas.

No hubo casos en los que la venta al titular del derecho fuera la única opción disponible y que pudiera impedir el otorgamiento de las facultades requeridas por el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC y habida cuenta de la constatación del GE de que los EUA, no habían establecido que la Aduana no estuviera facultada para ordenar la eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en la primera parte del art. 46, por tanto, fue innecesario evaluar esta opción para determinar si las medidas aduaneras eran compatibles con el art. 59.

Subasta y facultades para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras. La subasta era el tercer método de eliminación establecido en las medidas en litigio. No era una forma de destrucción. Era claro que el art. 59, no requería que se recurriera a este método de eliminación, pero los recursos especificados en él, no eran exhaustivos (como ya lo había constatado el

³⁷¹ *Ibidem*, párr. 7.324 y párr. 7.355.

³⁷² Principio de la primera parte. Las autoridades estarán facultadas para ordenar: 1) el apartamiento o destrucción de conformidad con la primera parte *sin indemnización alguna*, 2) el apartamiento de las mercancías infractoras *de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho* o 3) la destrucción *siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes*.

³⁷³ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.325.

³⁷⁴ *Ibidem*, párr. 7.326.

GE) por tanto, el hecho de que no se requirieran facultades para ordenar la subasta de las mercancías infractoras no era en sí mismo incompatible con el art. 59.³⁷⁵

Los EUA alegaron³⁷⁶ que el método de subasta, era obligatorio, porque privaba a la Aduana de facultades para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras. Alegó que las medidas, a tenor de sus propios términos, trataban la subasta (y los otros métodos de eliminación) como *requisitos previos obligatorios* para la destrucción y creaban una *secuencia obligatoria de pasos* que obligaba a recurrir a ella en determinadas circunstancias.

China respondió que en el Reglamento sobre protección en aduana de los DPI se expresaba una *preferencia* por determinados métodos de eliminación, y que las Medidas de Aplicación confirmaban esas prioridades, porque otorgaban a la Aduana *considerable arbitrio* para determinar el método más adecuado. El art. 27, establecía que la Aduana estaba jurídicamente facultada para ordenar cualquiera de los cuatro métodos de eliminación. La subasta era el tercero, y se disponía:³⁷⁷

Quando las mercancías infractoras de derechos de propiedad intelectual decomisadas no puedan utilizarse para actividades de bienestar público social y el titular de los derechos de propiedad intelectual no tenga intención de comprarlas, la Aduana *podrá*, tras erradicar las características infractoras, *subastarlas* de conformidad con lo dispuesto en la ley.

El GE, examinó que la venta en subasta de las mercancías infractoras, estaba supeditada a que no se aplicaran los dos primeros métodos (la donación a órganos de bienestar social y la venta al titular del derecho). La versión inglesa usaba un modo verbal traducido como *can* o *may* (可以) (podrá), esto indicaba que el Reglamento *no obligaba* a subastar las mercancías infractoras, aunque no se aplicaran los dos primeros métodos de eliminación. La elección de ese modo verbal fue significativa.³⁷⁸

En la parte, relativa a la destrucción, se disponía que cuando fuera imposible erradicar las características infractoras, *la Aduana destruiría las mercancías*, esta prescripción estaba supeditada a que *fuera imposible erradicar las*

³⁷⁵ *Ibidem*, párr. 7.327.

³⁷⁶ *Ibidem*, párr. 7.328.

³⁷⁷ *Ibidem*, párr. 7.329 y párr. 7.330.

³⁷⁸ *Ibidem*, párr. 7.331 y párr. 7.332.

características infractoras. Esto no implicaba falta de facultades para destruir las mercancías cuando *no* fuera imposible erradicarlas.³⁷⁹

La erradicación de las características infractoras era una condición para el método de subasta (según el Aviso Público No 16/2007),³⁸⁰ es decir, la *imposibilidad* de erradicar las características infractoras excluía el método de subasta. Esto no implicaba que la *posibilidad* de erradicar las características infractoras excluyera el método de *destrucción*. Con arreglo al art. 27 del Reglamento el método de subasta era *opcional*, no obligatorio.

En resumen, el art. 27 del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI, como norma superior contemplaba cuatro opciones, de las cuales la *eliminación* y la *subasta*, eran opcionales. El GE observó que el Aviso Público No 16/2007, reproducía el texto discrecional del art. 27 del Reglamento.³⁸¹

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de la República Popular China sobre protección en aduana de los Derechos de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo denominado Reglamento), cuando las mercancías decomisadas que infringen derechos de propiedad intelectual no puedan utilizarse con fines de bienestar público social y el titular de los derechos de propiedad intelectual no desee comprarlas, la Aduana *podrá* subastarlas de conformidad con lo dispuesto en la ley tras erradicar las características infractoras. [...]

Los EUA sostuvieron que si ninguna de las tres primeras opciones era viable la Aduana *podría, entonces y sólo entonces*, recurrir al tercer elemento: la *destrucción de las mercancías*. Por consiguiente, el GE constató que los EUA no habían establecido que las medidas aduaneras, a tenor de sus propios términos, obligaran a la Aduana a ordenar la subasta de las mercancías infractoras.³⁸²

Las pruebas (documentos y estadísticas) revelaron la manera en que la Aduana había ejercitado las facultades que el art. 30 de las Medidas de Aplicación le otorgaban para destruir, en lugar de subastar. El párr. 2) de las Medidas de Aplicación sólo establecían una condición: que *las características*

³⁷⁹ *Ibidem*, párr. 7.333.

³⁸⁰ 1. Cuando las mercancías infractoras decomisadas sean subastadas por la Aduana, ésta erradicará completamente todas las características infractoras de las mercancías y sus embalajes ateniéndose estrictamente a lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento, incluida la erradicación de las características que infrinjan marcas de fábrica o de comercio, derechos de autor, patentes y otros derechos de propiedad intelectual. Toda mercancía cuyas características infractoras no puedan erradicarse completamente será destruida y no se subastará. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.334.

³⁸¹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.336 al párr. 7.342.

³⁸² *Ibidem*, párr. 7.335 y párr. 7.343.

infractoras pudieran erradicarse, que, de no satisfacerse, obligaría a decidir la destrucción de las mercancías, en lugar de subastarlas.³⁸³

Los EUA adujeron que la jerarquía establecida por la Aduana seguía siendo imperativa y reconocieron que no sabían si las mercancías habían sido destruidas por razones distintas de las requeridas en las medidas aduaneras. A juicio del GE, el método de subasta no era de hecho, imperativo, porque no excluía la opción de destrucción. En las Medidas de Aplicación, la destrucción de las mercancías sólo estaba prevista cuando las características infractoras no pudieran erradicarse. El GE observó, que el muy reducido número de subastas era coherente con la opinión de que éstas no eran obligatorias.³⁸⁴

Por las razones arriba expuestas, el GE constató que los EUA no habían establecido que las *facultades para ordenar la subasta de las mercancías infractoras* en virtud de las medidas aduaneras excluyeran las facultades para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en la primera frase del art. 46. Concluyó que los EUA no habían establecido que las medidas aduaneras fueran incompatibles con el art. 59 del Acuerdo de los ADPIC en tanto en cuanto incorporaba los principios establecidos en la primera frase del art. 46 de dicho acuerdo.³⁸⁵

Subasta y simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente (cuarta parte del art. 46). El GE recordó³⁸⁶ su constatación de que los principios establecidos en el art. 46, incorporados al art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, incluían la *cuarta* frase del art. 46, que dispone:

En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.³⁸⁷

³⁸³ *Ibidem*, párr. 7.344 y párr. 7.345.

³⁸⁴ *Ibidem*, párr. 7.348, párr. 7.350, párr. 7.352 y párr. 7.353.

³⁸⁵ Principio de la primera parte. Las autoridades estarán facultadas para ordenar: 1) el apartamiento o destrucción de conformidad con la primera parte *sin indemnización alguna*, 2) el apartamiento de las mercancías infractoras *de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho* o 3) la destrucción *siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes*. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.354 y párr. 7.355.

³⁸⁶ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.356.

³⁸⁷ *Ibidem*, párr. 7.362.

El GE recordó³⁸⁸ su constatación de que la obligación establecida en el art. 59 era aplicable tanto a las medidas imperativas como a las discrecionales. La obligación de que las autoridades competentes de los miembros estuvieran facultadas para dictar órdenes específicas atañía a lo que la ley les *permitía* hacer, no sólo a lo que *tenían* que ordenar.

Esta constatación era *a fortiori* aplicable al principio establecido en la cuarta parte del art. 46, ya que sólo las facultades discrecionales para ordenar la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales no excluirían las facultades requeridas por la primera parte del art. 46 en algún momento.

El principio establecido en la cuarta parte del art. 46, en relación a las facultades para ordenar la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales, como alternativa a la destrucción o la eliminación, podría ser redundante si no se aplicara a medidas discrecionales. El hecho de que las facultades para colocar las mercancías en los circuitos comerciales no fueran imperativas no protegía a ese método de eliminación, de la evaluación por un GE de su conformidad, *en sí mismo*, con el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, en tanto en cuanto incorporaba el principio establecido en la cuarta parte del art. 46.

La naturaleza de las medidas en litigio era tal que, aunque no requirieran la subasta (y no excluyeran las facultades para ordenar la destrucción), la eliminación de las características infractoras *era* obligatoria en cada caso en que la Aduana optara por la subasta. Si la eliminación de las características infractoras consistiera simplemente en la retirada de la marca de fábrica o de comercio, sería incompatible con el principio establecido en la cuarta parte del art. 46, en todos los casos en que la Aduana ordenara la subasta de las mercancías infractoras.³⁸⁹

China defendió su método de subasta basándose en su interpretación de buena fe del art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC y de la cuarta parte del art. 46. Indicó al GE que la subasta de productos para exportación o importación era un método de eliminación *preferido* en determinadas circunstancias. Defendió firmemente su derecho a utilizarlo con mesura.

Por tanto, las resoluciones del GE sobre la aplicabilidad de la cuarta parte del art. 46, y la conformidad del método de subasta de China con esa disposición impedirían *ex ante* a China, en la medida en que la obligación fuera aplicable, proceder de determinada manera incompatible con las

³⁸⁸ *Ibidem*, párr. 7.358.

³⁸⁹ *Ibidem*, párr. 7.359.

obligaciones que le correspondían en virtud de un acuerdo abarcado, lo que constituiría precisamente la finalidad de una alegación sobre una medida *en sí misma*.

Simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente. El GE ya había constatado³⁹⁰ que las medidas en litigio si eran aplicables, a la cuarta frase del art. 46 (a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas) y que dichas medidas permitían que esas mercancías se subastaran. Las palabras *mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas* referidas en la cuarta frase del art. 46,³⁹¹ se definían en la nota 14 a) del Acuerdo sobre los ADPIC:³⁹²

Para los fines del presente Acuerdo:

- a) se entenderá por ‘mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas’ cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven puesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación.

El art. 27 del Reglamento sobre protección en aduana de los DPI disponía:³⁹³

Cuando las mercancías infractoras de derechos de propiedad intelectual decomisadas no puedan utilizarse para actividades de bienestar público social y el titular de los derechos de propiedad intelectual no tenga intención de comprarlas, la Aduana podrá, *tras erradicar las características infractoras*, subastarlas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

El primer párrafo de la parte dispositiva del Aviso Público No 16/2007:³⁹⁴

Cuando las mercancías infractoras decomisadas sean subastadas por la Aduana, ésta erradicará completamente todas las características infractoras de las mercancías *y sus embalajes* ateniéndose estrictamente a lo dispuesto en el art.

³⁹⁰ *Ibidem*, párr. 7.361.

³⁹¹ En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.

³⁹² DS362. *Informe del GE*, párr. 7.363.

³⁹³ *Ibidem*, párr. 7.364.

³⁹⁴ *Ibidem*, párr. 7.365.

27 del Reglamento, incluida la erradicación de las características que infrinjan marcas de fábrica o de comercio, derechos de autor, patentes y otros derechos de propiedad intelectual.

De lo anterior, se dedujo que la erradicación de las características infractoras era una condición a la que estaba supeditada la subasta de las mercancías decomisadas por la Aduana. El art. 27 del Reglamento era aplicado y estaba confirmado por el párr. 2 del art. 30 de las Medidas de Aplicación, y por el primer párrafo de la parte dispositiva del Aviso Público No. 16/2007.

La expresión “características infractoras” aludían a características que infringían cualesquiera DPI abarcados por las medidas, con inclusión no sólo de las marcas de fábrica o de comercio sino también de los DA y las patentes. Respecto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, parecía evidente que las características infractoras comprendían las marcas de fábrica o de comercio falsificadas. Por tanto, el hecho de que las medidas aludieran a *características* infractoras no sugería que en esos casos se erradicara algo que no fuera la marca de fábrica o de comercio falsificada. La única medida adoptada antes de la subasta era la retirada de la marca. Cabía entonces preguntarse si esto constituía *simplemente* la retirada de una marca de fábrica o de comercio en el sentido de la cuarta frase del art. 46 del Acuerdo sobre los ADPIC.³⁹⁵

El GE observó que por *simple* (simple) cabía entender: sin adición alguna, no cualificado, ni más ni menos que, mero, puro.³⁹⁶ Un caso en que una marca de fábrica o de comercio era retirada de una mercancía y no se hacía nada más, constituirá una *simple retirada* de la marca. La erradicación de las características infractoras con arreglo a las medidas en litigio constituía una *simple* retirada de la marca de fábrica o de comercio tal como se contemplaba en la cuarta frase del art. 46. Lo que había que determinar era qué otras medidas hacían que la retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no fuera *simple*.

El contexto de la cuarta frase del art. 46 demostraba que la simple retirada de la marca apuesta ilícitamente no bastaría para que se permitiera la colocación de los bienes en los circuitos comerciales. No prohibía *per se* la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales. Permitía implícitamente dicha colocación cuando tenía lugar algo que iba más allá de la

³⁹⁵ *Ibidem*, párr. 7.366 y párr. 7.367.

³⁹⁶ *With nothing added; unqualified; neither more nor less than; mere, pure.* DS362. *Informe del GE*, párr. 7.369 y párr. 7.370.

simple retirada de la marca. Disponía que la retirada de una marca falsificada garantizaría que las mercancías no infringieran los derechos exclusivos establecidos en el art. 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, sin embargo, eso *no* bastaría, salvo en casos excepcionales.³⁹⁷

El contexto del art. 46 demostraba que su cuarta parte era una entre una serie de expresiones de su objetivo enunciado, a saber: *establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones*. Cuando las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas se colocaran en los circuitos comerciales después de la simple retirada de la marca apuesta ilícitamente, una marca de fábrica o de comercio idéntica podía producirse o importarse por separado y a ponerse de nuevo ilícitamente, a menudo con relativa facilidad, de manera que las mercancías volverían a ser infractoras.³⁹⁸

El problema que atañía a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, era que eran *idénticas* a la marca válida y no podían distinguirse de ella en sus aspectos esenciales, imitaban la apariencia de mercancías genuinas en su aspecto general, inducía al error a un consumidor porque todas sus características, infractoras y no infractoras, se parecían a las de la mercancía genuina. Cuando la marca de fábrica o de comercio falsificada se retiraba, el estado resultante de las mercancías podía aun así hacer que se parecieran tanto a las mercancías genuinas por lo que había un riesgo elevado de nueva infracción por medio de la reaposición de una marca de fábrica o de comercio falsificada.³⁹⁹

Los negociadores evidentemente consideraron que el mayor riesgo de nuevas infracciones justificaba la adopción de medidas adicionales para establecer *un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones* y considerada a la luz de este objetivo, la *simple* retirada de la marca de fábrica o de comercio era principalmente una referencia a que el estado de las mercancías no se había alterado de otro modo, por lo que *la falta de la marca no constituía un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones*. La retirada de la marca no era *simple* si el estado de las mercancías se había alterado lo suficiente para disuadir de nuevas infracciones.⁴⁰⁰

China adujo que los titulares del derecho tenían un derecho jurídicamente reconocido a la protección frente a mercancías que infringieran sus DPI, pero no frente a mercancías sin marcas que no los infringían. El GE

³⁹⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.371.

³⁹⁸ *Ibidem*, párr. 7.372 y párr. 7.373.

³⁹⁹ *Ibidem*, párr. 7.374.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, párr. 7.375.

observó que la cuarta frase del art. 46, no estaba limitada a una acción para que las mercancías ya no fueran infractoras, cosa que la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio lograría. Dicha frase imponía una prescripción adicional que iba más allá de hacer que las mercancías ya no fueran infractoras con objeto de disuadir de nuevas infracciones con esas mercancías.⁴⁰¹

El GE consideró, por lo que respecta a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, que las medidas aduaneras de China establecían que la simple retirada de la marca apuesta ilícitamente bastaba para permitir la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales. El GE no concluyó únicamente sobre la base de que las medidas en litigio eran incompatibles con la prescripción establecida en la cuarta frase del art. 46, porque la frase contenía las palabras *salvo en casos excepcionales*. Esas palabras, interpretadas en contexto, implicaban que *en casos excepcionales* la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente *podía* bastar para que se permitiera la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales.⁴⁰² Respecto a la expresión *salvo en casos excepcionales*, se dijo lo siguiente:

- Los EUA⁴⁰³ interpretaron que el sentido corriente de la palabra *excepcional* sugería que había algo en las circunstancias que era inhabitual o especial, no que hubiera un número *de minimis* de casos en los que era admisible colocar las mercancías en los circuitos comerciales normales tras la simple retirada de la marca infractora.
- China⁴⁰⁴ interpretó que el sentido corriente de la palabra *excepcional* incluía *especial*, lo que sugería un criterio cualitativo, e *inhabitual*, que aludía a la frecuencia y sugería un criterio cuantitativo. Tanto una interpretación en términos del conjunto de circunstancias como una interpretación en términos del número de casos eran compatibles con el sentido corriente de las palabras *casos excepcionales*.
- El GE⁴⁰⁵ interpretó que las palabras *salvo en casos excepcionales*, en su contexto, aludían a un subconjunto de los casos abarcados por la cuarta frase del art. 46: los casos en que las autoridades fronteri-

⁴⁰¹ *Ibidem*, párr. 7.378 y párr. 7.379.

⁴⁰² *Ibidem*, párr. 7.385 y párr. 7.386.

⁴⁰³ *Ibidem*, párr. 7.387.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, párr. 7.388.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, párr. 7.389.

zas competentes de un miembro permitían que mercancías que se había constatado eran mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas se colocaran en los circuitos comerciales. Lo que había que determinar era cuándo un caso así podía considerarse *excepcional*.

La palabra *exceptional* (excepcional) se definió en razón de que por su naturaleza representaba o constituía una excepción; inhabitual, no ordinario; especial.⁴⁰⁶ Esa definición no explicaba *en qué modo* un caso tenía que ser distinto de otros, para que fuera considerado “excepcional”. Además, la cuestión de *cuán* diferente un caso tenía que ser de otros también era una cuestión de grado.

El GE consideró que las palabras *salvo en casos excepcionales*, como el resto del principio establecido en la cuarta frase del art. 46, tenían que interpretarse a la luz del objetivo de ese artículo: *establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones*.⁴⁰⁷

Podía haber casos en los que la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio antes de la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales no diera lugar a nuevas infracciones.⁴⁰⁸ No obstante, esos casos tenían que estar cuidadosamente delimitados para que satisficieran la descripción de *excepcional*. Incluso cuando lo estaban, la disposición pertinente debería rara vez aplicarse, para que la denominada excepción no se convirtiera en la regla, o al menos se hiciera habitual.

El GE no creyó⁴⁰⁹ que los “casos excepcionales” pudieran simplemente demostrarse por la existencia de pocos casos en los que la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio se tratara como suficiente para que se permitiera la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales, por lo siguientes motivos:

⁴⁰⁶ *Of the nature of or forming an exception; unusual, out of the ordinary; special.* DS362. *Informe del GE*, párr. 7.390.

⁴⁰⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.391.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, un importador inocente inducido por engaño a comprar mercancías falsificadas, que no tiene medios para recurrir contra el exportador, y tampoco medios para aponer de nuevo las marcas de fábrica o de comercio falsificadas a las mercancías, podría representar un caso así.

⁴⁰⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.392.

- Los “casos excepcionales” no se evaluaban en términos de proporción de todos los casos de decomisos de mercancías infractoras en la frontera.
- Esa forma de tratar mercancías que ya se había constatado eran mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas representaría un margen de tolerancia de ulteriores infracciones que no era compatible con el objetivo de establecer un medio eficaz de disuasión enunciado en el art. 46.

El GE consideró que, por lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio falsificadas, las medidas aduaneras preveían que la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente bastaría para permitir la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales en más casos, además de los “casos excepcionales”. Concluyó que las medidas aduaneras eran incompatibles con el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC en tanto en cuanto incorporaba el principio establecido en la *cuarta* frase del art 46.⁴¹⁰

Conclusiones relativas a las medidas aduaneras. El GE constató que:⁴¹¹

- El art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC no era aplicable a las medidas aduaneras porque éstas abarcaban mercancías destinadas a la exportación, pero si era aplicable a todas las infracciones de DPI: mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, mercancías piratas, mercancías infractoras de marcas de fábrica o de comercio, de DA, y de patentes.
- Los EUA no demostraron que las medidas aduaneras fueran incompatibles con el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, en tanto en cuanto incorporaba los principios establecidos en la primera frase del art. 46 de dicho acuerdo. De manera particular, no demostraron:⁴¹²
- Que la Aduana no estuviera facultada para donar mercancías a órganos de bienestar social de forma que se evitara causar al titular del derecho daños ocasionados por mercancías de calidad inferior. No se demostró que la Aduana hubiera donado este tipo de mercancías, o que se causara, algún daño a la reputación de los

⁴¹⁰ *Ibidem*, párr. 7.393 y párr. 7.394.

⁴¹¹ *Ibidem*, párr. 7.226, párr. 7.231, párr. 7.356, párr. 7.358, párr. 7.361, párr. 7.393, párr. 7.395.

⁴¹² *Ibidem*, párr. 7.291, párr. 7.295, párr. 7.315 al párr. 7.322, párr. 7.324, párr. 7.343, párr. 7.355 y párr. 7.395.

titulares del derecho a consecuencia de una donación de mercancías infractoras, porque la Aduana determinaba si las mercancías infractoras podían utilizarse para fines de bienestar público social y que estaba obligada a ejercer la supervisión necesaria de esa utilización.

- Por lo que respecta a la *donación de mercancías infractoras a órganos de bienestar social* en virtud de las medidas en litigio que la Aduana no estuviera facultada para ordenar la eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en la primera parte del art. 46.
- Que las medidas aduaneras, obligaran a la Aduana a ordenar la subasta de las mercancías infractoras y que las *facultades para ordenar la subasta* excluyeran las facultades para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en la primera frase del art. 46.
- Las medidas aduaneras *eran incompatibles* con el art. 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, en tanto en cuanto incorporaba el principio establecido en la *cuarta* frase del art. 46, del mismo acuerdo, porque las medidas aduaneras de China establecían que la simple retirada de la marca apuesta ilícitamente bastaba para permitir la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales en más casos, además de los “casos excepcionales”.

IV. TERCERA ALEGACIÓN: UMBRALES PENALES APLICABLES A LA CONDENA

Los EUA impugnaron los *umbrales penales aplicables a la condena*,⁴¹³ establecidos en las medidas en litigio (Código Penal y dos Interpretaciones), respecto de un amplio número de delitos comerciales.⁴¹⁴ Los umbrales, impedían que muchos actos de piratería y falsificación a escala comercial fueran objeto de enjuiciamiento penal o de condena, en ausencia de determinados criterios. En consecuencia, se impugnó la inexistencia de procedimientos y sanciones

⁴¹³ En el Código Penal había umbrales que establecían requisitos mínimos para determinar la condena (umbrales aplicables a la condena), y otros que establecían requisitos mínimos para imponer sanciones más elevadas (umbrales aplicables a las circunstancias agravantes). El GE, sólo examinó los primeros. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.396, párr. 7.416, párr. 7.425, párr. 7.430 y párr. 7.431.

⁴¹⁴ Actos ilegales para el público en general y para el orden económico.

penales para las personas que realizaban la reproducción o la distribución no autorizadas de obras protegidas por el DA.

Los umbrales penales se referían a una gama de factores diferentes, como: 1) las circunstancias graves, 2) la cuantía de las ventas relativamente grande, 3) la cuantía de las ganancias ilegales relativamente grande, 4) otras circunstancias graves y la 5) cuantía enorme de las ventas. En este sentido, los EUA alegaron al amparo de la primera y segunda frase del art. 61 y del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁴¹⁵

Descripción e interpretación de las medidas en litigio. Las medidas en litigio respecto a esta alegación fueron:⁴¹⁶ 1) El Código Penal de China, en específico los aa. 213 al 220,⁴¹⁷ 2) la Interpretación No. 19 [2004] del TSP, respecto de los términos utilizados en los aa. 213 a 219 del Código Penal y 3) la Interpretación No 6 [2007] del TSP, respecto del art. 217 del Código Penal.

Las medidas penales de China se impugnaron “en sí mismas” y como las partes discreparon sobre determinados aspectos de éstas, el GE, hizo una evaluación objetiva del significado de las disposiciones pertinentes de estas medidas, a fin de determinar su conformidad con las obligaciones que correspondían a China en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.⁴¹⁸

Las medidas en litigio consistían en un conjunto de artículos del Código Penal e interpretaciones de expresiones contenidas en ellas, respecto a marcas de fábrica o de comercio falsificadas y el DA.⁴¹⁹ De manera específica se citaron:

- Art. 213. “Utilización de una marca de fábrica o de comercio falsificada” y la interpretación de sus expresiones: 1) “las circunstancias son graves”, 2) “volumen de las actividades comerciales ilegales” y 3) “cuantía de las ganancias ilegales” entendida como cuantía de los beneficios obtenidos). Ver Anexo 1.
- Art. 214. “Venta de mercancías que llevan apuestas marcas de fábrica o de comercio falsificadas”, y la interpretación de su expresión: “la cuantía es relativamente grande”. Ver Anexo 2.

⁴¹⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.480 al párr. 7.682.

⁴¹⁶ *Ibidem*, párr. 7.396.

⁴¹⁷ Ubicados dentro de la secc. 7 “Delitos relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual”, y de las “Disposiciones específicas” del cap. III “Delitos relativos a la alteración del orden de la economía de mercado socialista”.

⁴¹⁸ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.416.

⁴¹⁹ *Ibidem*, párr. 7.399 al párr. 7.414.

- Art. 215. “Falsificación de marcas de fábrica o de comercio y venta de marcas de fábrica o de comercio falsificadas” y la interpretación de su expresión: 1) “las circunstancias son graves” y 2) de la palabra “pieza”. Ver Anexo 3.
- Art. 217. “Delito de infracción del DA” y la interpretación de sus expresiones: 1) “la cuantía de las ganancias ilegales es relativamente grande”, 2) “hay otras circunstancias graves” y 3) “hay otras circunstancias graves”. Ver Anexo 4.
- Art. 218. “Venta de reproducciones infractoras del DA” y la interpretación de su expresión: “la cuantía de las ganancias ilegales es enorme”. Ver Anexo 5.

Efecto normativo de las interpretaciones judiciales. Con arreglo a la Constitución de la RPC, de 1982, el CNP –órgano supremo del poder estatal- y su órgano permanente el Comité Permanente del CNP, ejercían el poder legislativo del Estado. El CNP promulgaba y modificaba las leyes básicas (*virg.* Código Penal) y su Comité Permanente promulgaba y modificaba otras normas legales.⁴²⁰

En 1981, el Comité Permanente adoptó una Resolución sobre la mejora de la labor de interpretación de la legislación, y decidió que las cuestiones relativas a la aplicación concreta de las leyes y decretos en los tribunales serían interpretadas por el TSP y que las relativas a la aplicación concreta de las leyes y decretos en la labor de la Fiscalía serían interpretadas por la Fiscalía Suprema del Pueblo (FSP).⁴²¹

Durante 1996 y 2006, la FSP y durante 1997 y 2007, el TSP formularon disposiciones sobre la labor de la interpretación judicial, en las que se estableció que las interpretaciones judiciales de la FSP y del TSP, tendrían efectos jurídicos. Las Disposiciones del TSP y de la FSP, preveían la formulación conjunta de interpretaciones judiciales cuando una cuestión estuviera relacionada con la labor de ambos órganos. Las fiscalías del pueblo podrían basarse en las disposiciones sobre interpretación judicial en documentos jurídicos como los escritos de acusación o de objeción.⁴²²

China sostuvo que las interpretaciones judiciales se publicaban para asegurar un entendimiento y aplicación uniformes de su legislación. Si un acto ilegal no alcanzaba uno de los umbrales pertinentes establecidos en las interpretaciones judiciales, era jurídicamente imposible enjuiciarlo. El GE

⁴²⁰ *Ibidem*, párr. 7.417.

⁴²¹ *Ibidem*, párr. 7.418.

⁴²² *Ibidem*, párr. 7.419 al párr. 7.421.

constató que las interpretaciones judiciales (medidas en litigio) de los artículos del Código Penal eran vinculantes y tenían fuerza de ley.⁴²³

Umbrales previstos en el Código Penal en general. El GE observó que el art. 13, tenía una referencia al término “delito” que decía: “Sin embargo, si las circunstancias son manifiestamente leves y el daño causado no es grave, el acto no se considerará un delito”. Al respecto, China informó que:⁴²⁴

- Aplicaba umbrales penales a una amplia gama de delitos comerciales y que la mayoría de los delitos económicos, delitos contra la propiedad y delitos sobre producción, venta y divulgación de material pornográfico estaban sujetos a umbrales específicos, como los aplicables a los aa. 213 al 215, 217 y 218 del Código Penal. De un total de 117 delitos tipificados, 11 no estaban sujetos a ningún umbral específico.⁴²⁵
- Los umbrales aplicables a la falsificación y la piratería eran razonables y adecuados en el contexto de su estructura jurídica y demás leyes sobre delitos comerciales. Priorizaba la observancia, el enjuiciamiento y los recursos judiciales en el ámbito penal.
- Las definiciones de los diversos delitos en su Código Penal iban acompañadas de directrices que se reunían y publicaban en normas de enjuiciamiento, para determinar la gravedad, de una conducta proscrita como delito.

Umbrales aplicables a la condena. El GE observó que en el Código Penal había umbrales que establecían requisitos mínimos para determinar la condena. Estos comprendían: las “circunstancias graves” (aa. 213 y 215), la “cuantía de las ventas relativamente grande” (art. 214), la “cuantía de las ganancias ilegales relativamente grande” u “otras circunstancias graves” (art. 217), y la “cuantía enorme de las ventas” (art. 218). Los EUA los impugnaron, porque imposibilitaban el enjuiciamiento en ausencia de determinados criterios.⁴²⁶

⁴²³ *Ibidem*, párr. 7.422 al párr. 7.424.

⁴²⁴ *Ibidem*, párr. 7.425, párr. 7.427 y párr. 7.428.

⁴²⁵ Aunque China, por razones de política interna, podía utilizar con frecuencia umbrales para definir el momento en que muchas categorías de actos ilegales se consideraban lo suficientemente graves para ser sancionados penalmente, la estructura jurídica de China permitía tipificar determinados actos como delitos sin recurrir a umbrales. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.429.

⁴²⁶ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.430 y párr. 7.431.

Disposiciones generales sobre delitos incoativos. El GE observó que en la parte primera, cap. II, secc. 2 del Código Penal se establecían tres delitos incoativos: 1) delito en grado de preparación, 2) delito en grado de tentativa y el de 3) interrupción del delito. China alegó que los aa. 22 y 23 del Código Penal, eran aplicables a los delitos relativos a la infracción de DPI.⁴²⁷

- Art. 22. *Delitos en grado de preparación.* “Se entiende por delito en grado de preparación la preparación de los instrumentos o la creación de las condiciones para cometer un delito. Al reo que haya preparado un delito se le podrá imponer una pena más leve o atenuada que al que lo haya consumado, o se le podrá eximir de la pena.”
- Art. 23. *Delitos en grado de tentativa.* Podían dar lugar a enjuiciamientos y sanciones penales. La parte pertinente decía: “Se entiende por delito en grado de tentativa aquel en el que el reo haya comenzado ya a cometer un delito pero no haya podido consumarlo por razones ajenas a su voluntad. Al reo que haya intentado cometer un delito se le podrá imponer una pena más leve o atenuada que al que lo haya consumado”.

El GE observó que los aa. 22 y 23, contenían disposiciones que parecían ser de aplicación general. Las decisiones judiciales de China corroboraron que los tribunales aplicaban estos artículos a delitos relativos a la infracción de DPI, que se describían en los aa. 213, 214, 215, 217 y 218 del Código Penal. China hizo referencia a los aa. 22 y 23 a fin de demostrar que se podía tener en cuenta el embalaje y los componentes de un producto para determinar la existencia de procedimientos penales aplicables a los delitos sustantivos a la infracción de DPI.⁴²⁸

Disposiciones generales sobre delitos conjuntos. China hizo referencia a los aa. 25, 26 y 27 del Código Penal sobre corresponsabilidad, grupos de delinquentes y cómplices, para demostrar que este Código reconocía determinados factores no cuantitativos, como las pruebas de colaboración entre infractores. Sostuvo que esos factores se aplicaban a los delitos relativos a la

⁴²⁷ *Ibidem*, párr. 7.432, párr. 7.434 y párr. 7.435.

⁴²⁸ Formaban parte del cap. II, relativo a los “Delitos”, que figuraba en la parte primera, relativa a las “Disposiciones generales”, en la que también se establecían el objetivo, los principios básicos y el ámbito de aplicación del Código Penal en el cap. I, disposiciones sobre las penas en el cap. III y la aplicación concreta de éstas en el cap. IV. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.436 y párr. 7.437.

infracción de DPI previstos en los aa. 213, 214, 215, 217 y 218 del Código Penal.⁴²⁹

El art. 25 decía: “Se entiende por delito conjunto un delito intencional cometido conjuntamente por dos o más personas...”. El art. 26 decía:⁴³⁰

Se entiende por delincuente principal toda persona que organiza y encabeza un grupo de delincuentes para llevar a cabo actividades delictivas o que desempeña un papel principal en un delito conjunto. Se entiende por grupo de delincuentes una organización delictiva relativamente estable formada por tres o más personas con la finalidad de cometer delitos conjuntamente. Todo cabecilla que organice o encabece un grupo de delincuentes será sancionado en función de todos los delitos que haya cometido dicho grupo. Todo delincuente principal que no esté incluido en el párrafo 3 será sancionado en función de todos los delitos en que haya participado o que haya organizado o dirigido.

El art. 27⁴³¹ decía: “Se entiende por cómplice toda persona que desempeña un papel secundario o auxiliar en un delito conjunto. Al cómplice se le impondrá una pena más leve o atenuada, o se le eximirá de la pena”.

El GE observó⁴³² que los aa. 26 y 27 se limitaban a los “delitos conjuntos”, que el art. 25 definía como “delitos intencionales”. Los aa. 25, 26 y 27 podían aplicarse a los delitos relativos a la infracción de DPI previstos en los aa. 213, 214, 215, 217 y 218 del Código Penal. Las decisiones judiciales chinas mostraron que uno o más de esos artículos habían sido citados en relación con el art. 213 y que los factores pertinentes correspondientes a varios delincuentes se sumaron a fin de alcanzar un umbral penal.

China sostuvo⁴³³ que, teniendo en cuenta el carácter conjunto de los delitos y la pertenencia a grupos de delincuentes, podía aplicar procedimientos y sanciones penales a infractores que de otro modo no alcanzarían los umbrales penales establecidos en las leyes penales sustantivas. Sin embargo, los umbrales cuantitativos previstos en los aa. 213, 214, 215, 217 y 218 del Código Penal se aplicaban a los delitos conjuntos que se describían en sus aa. 25, 26 y 27.

⁴²⁹ La parte primera, cap. II, secc. 3 del Código Penal se refería a los “Delitos conjuntos”. Contenia cinco disposiciones. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.439 y párr. 7.441.

⁴³⁰ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.442.

⁴³¹ *Ibidem*, párr. 7.443.

⁴³² *Ibidem*, párr. 7.444.

⁴³³ *Ibidem*, párr. 7.445.

El GE consideró⁴³⁴ que el concepto de delitos conjuntos era pertinente porque permitía recurrir al Código Penal para tener en cuenta un elemento de organización entre distintos delincuentes, pero esto, no modificaba la situación en cuanto a la falta de procedimientos y sanciones penales aplicables a los actos de infracción que caían por debajo de los umbrales establecidos en los aa. 213 a 220.

Características específicas de los umbrales aplicables a los delitos relativos a la infracción de DPI. Los EUA sostuvieron que los umbrales exigían siempre una prueba de la intención de obtener ganancias financieras o beneficios. El GE observó⁴³⁵ que los umbrales de los delitos relativos:

- A las marcas de fábrica o de comercio (umbrales: “volumen de las actividades comerciales ilegales”, “ganancias ilegales” —cuantía de los beneficios obtenidos—⁴³⁶ y “cuantía de las ventas”⁴³⁷ —aplicado al acto de vender—) tenían como propósito obtener ganancias financieras o beneficios.
- Al DA (aa. 217 y 218 del Código Penal) se referían expresamente a actos llevados a cabo con el propósito de obtener beneficios.⁴³⁸ Los aa. 213, 214, 217 y 218 del Código Penal tenían en cuenta, junto con los umbrales cuantitativos, por lo menos un factor cualitativo.

Umbrales alternativos. Los umbrales se referían a una gama de factores diferentes que comprendían: 1) el volumen de las actividades comerciales ilegales, 2) la cuantía de las ganancias (o beneficios) ilegales, 3) la cuantía de las ventas, 4) el número de “copias” y 5) “otras circunstancias graves”. Los tres primeros eran, indicadores de actividad empresarial, y estaban explícita o implícitamente relacionados con la actividad comercial. Los cuatro primeros expresaban términos cuantitativos.⁴³⁹

China hizo hincapié⁴⁴⁰ en que:

⁴³⁴ *Ibidem*, párr. 7.446.

⁴³⁵ *Ibidem*, párr. 7.447, párr. 7.448 y párr. 7.450.

⁴³⁶ Contenido en el art. 213 del Código Penal y el art. 1 de la Interpretación Judicial No 19 [2004].

⁴³⁷ Contenido en el art. 214 del Código Penal y el art. 2 de la Interpretación Judicial No 19 [2004].

⁴³⁸ Artículos 5 y 6 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] y art. 1 de la Interpretación Judicial No 6 [2007].

⁴³⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.451.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, párr. 7.452 al párr. 7.455.

- Los múltiples criterios contenidos en los aa. 213, 215 y 217 del Código Penal todos eran alternativos. Los EUA alegaron, que la aplicación de uno o de todos ellos impedía que muchos actos de piratería y falsificación a escala comercial fueran objeto de enjuiciamiento penal o de condena.
- Los aa. 213 y 215 del Código Penal contenían cada uno un único umbral y eran interpretados por los aa. 1 y 3 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] en función de una serie de circunstancias diferentes, aplicadas como alternativa. Establecían que se consideraba que el umbral aplicable a la condena previsto en un artículo pertinente del Código Penal se alcanzaba en “cualquiera de las circunstancias siguientes”.
- El art. 217 del Código Penal contenía dos umbrales aplicables a la condena: 1) “la cuantía de las ganancias ilegales” y 2) “otras circunstancias graves”. Ambos interpretados por el art. 5 de la Interpretación Judicial No 19 [2004]. El primero en función de una cuantía. El segundo en función de una serie de circunstancias diferentes aplicadas de manera alternativa, que se alcanzaría cuando se cumpliera “cualquiera de las circunstancias siguientes”, o se llegara al umbral de “la cuantía de las ganancias ilegales”.

Cálculo acumulativo a lo largo del tiempo. China sostuvo que los umbrales de los delitos relativos a la infracción de DPI, podían calcularse a lo largo de toda la duración de la actividad infractora (podrían ser períodos de tiempo prolongado). Al respecto, el GE observó que el Código Penal establecía: 1) plazos de prescripción para el enjuiciamiento de delitos, 2) plazos de prescripción calculados con arreglo a la sanción máxima por el delito en cuestión, el más breve era de 5 años y 3) que el plazo de prescripción para un acto delictivo de naturaleza continua se contaría a partir de la fecha en que *concluyera* dicho acto.⁴⁴¹

El párr. 2) del art. 12 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] decía: “En el caso de una infracción cometida durante [*sic*] más de una vez, respecto de la cual no se haya impuesto ninguna sanción administrativa o penal, el volumen de las actividades comerciales ilegales, la cuantía de las ganancias ilegales o la cuantía de las ventas se calcularán de manera acumulativa”. Se podían tener en cuenta múltiples actos infractores. Las decisiones judiciales confirmaron que para calcular si se habían alcanzado los

⁴⁴¹ *Ibidem*, párr. 7.457 al párr. 7.459.

umbrales, se tenían en cuenta las infracciones cometidas durante períodos de hasta 5 años. Una sanción administrativa impuesta a un acto infractor excluía a ese acto del cálculo acumulativo de los umbrales del “volumen de las actividades comerciales ilegales”, “la cuantía de las ganancias ilegales” o “la cuantía de las ventas” y, por consiguiente, de los procedimientos y sanciones penales.⁴⁴²

Cálculo del volumen de las actividades comerciales ilegales-mercancías. China sostuvo que el cálculo del umbral “volumen de las actividades comerciales ilegales” no se limitaba a las mercancías que se encontraban en un único lugar y en un mismo momento. Abarcaba todas las mercancías infractoras relacionadas con el infractor, incluidas las que no obraban en su poder. Según los EUA en determinadas circunstancias, parecía que, para calcular el umbral, se tenían en cuenta las mercancías infractoras encontradas en diferentes locales.⁴⁴³

El GE observó⁴⁴⁴ que tres de los umbrales de condena previstos en los aa. 213, 215 y 217 del Código Penal se establecían en función de este umbral. Su definición figuraba en el párr. 1) del art. 12 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] y se refería a los productos infractores “fabricados, almacenados, transportados o vendidos” durante la comisión del acto infractor de DPI y no se limitaba al cálculo del valor de las mercancías confiscadas en un único lugar y en un mismo momento. Los Tribunales de China corroboraron que al calcular el volumen de las actividades comerciales ilegales, se había tenido en cuenta el valor de las mercancías vendidas, así como el de las mercancías confiscadas en diferentes lugares.

Cálculo del volumen de las actividades comerciales ilegales-precio. El GE observó⁴⁴⁵ que los tres umbrales de condena previstos en los aa. 213, 215 y 217 del Código Penal establecían que para calcular el “volumen de las actividades comerciales ilegales”, podía calcularse utilizando distintos métodos. El método principal para calcular los umbrales se basaba en: 1) el precio efectivo al que se habían vendido las mercancías *infractoras* o el que figuraba en la etiqueta, 2) si no se habían vendido, en el precio de venta medio efectivo de los productos infractores que hubiera sido verificado y 3) sólo en el caso de que no hubiera un precio en la etiqueta o que no se pudiera verificar el precio de venta efectivo, se calculaba con arreglo al precio de mercado “medio” de los productos

⁴⁴² *Ibidem*, párr. 7.460 y párr. 7.461.

⁴⁴³ *Ibidem*, párr. 7.462 y párr. 7.463.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, párr. 7.464.

⁴⁴⁵ Con arreglo al párr. 1) del art. 12 de la Interpretación Judicial No 19 [2004]. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.465 al párr. 7.467.

objeto de infracción, es decir de las mercancías auténticas. El precio de las mercancías auténticas se utilizaba como último recurso.

El umbral estaba relacionado principalmente con el valor de las mercancías que llevaban apuesta una marca de fábrica o de comercio falsificada o que infringían el DA, pero podía estar relacionado, como último recurso, con el valor de los productos auténticos. El efecto era que el *umbral aplicable al volumen de las actividades comerciales ilegales* fuera más difícil de alcanzar en los casos en que no se utilizaba el precio de las mercancías auténticas. El número de ocasiones en que no se alcanzaría sería por tanto mayor que si el precio de las mercancías objeto de infracción se utilizara en todos los casos.⁴⁴⁶

Número de mercancías y precios. China sostuvo que el umbral “volumen de las actividades comerciales ilegales”, era un criterio flexible en sí mismo porque tenía en cuenta tanto el número de artículos infractores como el valor de los mismos. El GE observó, que estos umbrales se calculaban en función del precio de las mercancías. El número de mercancías necesario para alcanzar el umbral era inversamente proporcional al valor de dichas mercancías. Por consiguiente, el umbral era lo suficientemente flexible para captar un pequeño número de mercancías de alto valor o un gran número de mercancías de bajo valor. Sin embargo, cuando el número de mercancías multiplicado por el valor de las mismas fuera inferior al umbral y no fuera captado por ninguno de los umbrales alternativos aplicables, no se aplicarían procedimientos y sanciones penales.⁴⁴⁷

Umbrales residuales. Respecto al umbral, de “otras circunstancias graves”, aplicable en virtud de los aa. 213, 215 y 217 del Código Penal y que figuraba en texto del art. 1 de la Interpretación Judicial No 19 [2004], China explicó que era un mecanismo legislativo destinado a preservar la flexibilidad jurídica en los tribunales y el desarrollo futuro de las leyes. Permitía a un tribunal determinar si un acto concreto era comparable y equivalente a los demás umbrales definidos, aunque no los alcanzara, y merecía por tanto ser objeto de sanciones penales. El GE confirmó la explicación de China respecto de este umbral.⁴⁴⁸

China confirmó⁴⁴⁹ que, si un acto ilegal no alcanzaba uno de los umbrales pertinentes, era jurídicamente imposible enjuiciarlo. Esos umbrales resi-

⁴⁴⁶ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.468.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, párr. 7.469 y párr. 7.470.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, párr. 7.471, párr. 7.472 al párr. 7.474.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, párr. 7.475.

duales eran aplicables a otros actos que eran “comparables y equivalentes” a los umbrales definidos. Por consiguiente, los umbrales residuales no modificaban de manera significativa la posición jurídica de la categoría de actos infractores de las marcas de fábrica o de comercio y del DA que no eran tratados como delitos, sino que ayudaban a definir dicha categoría.

Observancia administrativa. China informó que su sistema de observancia administrativa para combatir las infracciones de los DPI, era independiente de su sistema de observancia penal. Toda infracción *en cualquier escala* estaba sujeta a observancia administrativa. Las autoridades de la seguridad pública tendían a centrarse más en las infracciones que alcanzaban los umbrales penales, y las autoridades administrativas del DA y del comercio se ocupaban en mayor medida de las infracciones en pequeña escala. Existían sanciones administrativas, incluidas multas para las infracciones de la PI que no alcanzaban los umbrales penales.⁴⁵⁰

Los EUA respondieron que sólo los procedimientos y sanciones penales permitían cumplir las obligaciones que imponía el art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. La observancia administrativa no sustituía a la observancia penal, pero como ninguna de las partes sostuvo que la observancia administrativa permitía cumplir las obligaciones en materia de procedimientos y recursos penales establecidos en el art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, el GE no examinó con más detalle esta cuestión.⁴⁵¹

Conclusión relativa a la interpretación de las medidas en litigio. Por las razones expuestas, el GE concluyó⁴⁵² que, aunque la estructura de los umbrales y el método de cálculo de algunos de ellos permitían tener en cuenta diversas circunstancias, los actos de infracción de las marcas de fábrica o de comercio y del DA que no alcanzaban *todos* los umbrales aplicables no estaban sujetos a procedimientos y sanciones penales.

Alegación al amparo de la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC e interpretación del GE. En esta alegación se examinó si algunos de los actos infractores que se describieron en el apartado anterior constituían “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA “a escala comercial” en el sentido del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, con respecto a los cuales China no establecía procedimientos ni sanciones penales. En esta alegación el punto central fue la expresión “a escala comercial”.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, párr. 7.476 y párr. 7.478.

⁴⁵¹ *Ibidem*, párr. 7.477 y párr. 7.478.

⁴⁵² *Ibidem*, párr. 7.479.

Sección 5: procedimientos penales

Artículo 61

Los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

Principales argumentos de las partes. Los EUA⁴⁵³ sostuvieron que la expresión “escala comercial”:

- Comprendía a quienes participaban en actividades comerciales para obtener una “ganancia financiera” en el mercado, por consiguiente, operaban a escala comercial, como a aquellos cuyos actos, cualquiera que fuera su motivo o finalidad, tuvieran alcance o magnitud suficiente para ser actos a “escala comercial” en el mercado respectivo.
- Se refería a los actos de falsificación o piratería que alcanzaban una determinada medida o magnitud, vinculados con el mercado, su determinación dependería de los hechos y circunstancias que la rodearan, por ejemplo, el mercado de las mercancías infractoras, el objeto de la infracción, el valor de las mercancías infractoras, los medios de producción de las mercancías infractoras, y los efectos de la infracción para el titular del derecho.

China respondió que:⁴⁵⁴

⁴⁵³ *Ibidem*, párr. 7.480.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, párr. 7.481.

- “Escala comercial” se refería a una magnitud significativa de actividad infractora. Criterio amplio, sujeto al arbitrio nacional y a las condiciones locales. El contexto del párr. 1 del art. 1⁴⁵⁵ y del párr. 5 del art. 41⁴⁵⁶ del Acuerdo sobre los ADPIC mostraba que los miembros conservaban un considerable margen de discrecionalidad en lo que respecta a asegurar la observancia de la ley, y que la facultad para definir los criterios del art. 61 estaba reservada a los miembros.
- Si bien estos artículos (*supra*) no proporcionaban una defensa absoluta frente a la obligación sustantiva del art. 61, sí constituían un contexto pertinente. No se debía interpretar el art. 61, en forma incompatible con el sistema jurídico chino y que obligaran a desviar los recursos destinados a actividades de observancia.

Los antecedentes de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC, así como la práctica ulterior de los miembros, mostraban que las palabras “a escala comercial” imponían sólo una norma estricta y amplia aplicable únicamente a actividades infractoras significativas.

Los EUA alegaron⁴⁵⁷ que los umbrales penales obligaban a las autoridades a descartar otros indicios de piratería y falsificación a escala comercial (como las pruebas físicas y los efectos que estos actos tenían en el mercado comercial). Era necesario tener en cuenta una gama de factores cuantitativos y cualitativos para asegurarse de que todas las actividades “a escala comercial” estuvieran sujetas al art. 61. Los EUA hicieron referencia a dos “problemas fundamentales” en esta alegación:⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Artículo 1. Naturaleza y alcance de las obligaciones 1. Los miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.

⁴⁵⁶ Artículo 41. 5. Queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.

⁴⁵⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.482.

⁴⁵⁸ Ninguno estos puntos era una alegación general de que los umbrales numéricos no podían abarcar todos los casos “a escala comercial”. Los EUA aclararon que no se oponían a

- El relativo al nivel y al método de cálculo de los umbrales. Al especificar determinados niveles, los umbrales liberaban clases enteras de actividades de falsificación y piratería del riesgo del enjuiciamiento y la condena penal. El GE señaló⁴⁵⁹ que esta vertiente como cuestión cuantitativa, abordaba los números especificados en las pruebas numéricas, y la manera de calcular algunos de ellos, a fin de demostrar que los umbrales eran demasiado elevados.
- El relativo a la limitada serie de pruebas numéricas de los umbrales. Al centrarse únicamente en estas pruebas, los umbrales obligaban a los funcionarios encargados de la observancia de la ley a descartar otros indicios de falsificación y piratería.

El GE señaló que este punto abordaba determinados factores que las pruebas numéricas no tenían en cuenta, como cuestiones cualitativas, por lo que evaluó: 1) si los *niveles* de los umbrales de China eran demasiado elevados para abarcar todos los casos a *escala comercial* y 2) si los *demás factores* planteados por los EUA podían tenerse en cuenta en los umbrales penales a fin de abarcar todos los casos a *escala comercial* y, en caso contrario, si ésta era una prescripción del Acuerdo sobre los ADPIC.⁴⁶⁰

Cuestiones de procedimiento. En primer lugar se procedió a interpretar el significado de “escala comercial”⁴⁶¹ mediante la regla general de interpretación del art. 31 de la Convención de Viena. Como la alegación se formuló al amparo del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, que atañía a los procedimientos y sanciones penales, se aplicaron las normas y procedimientos del ESD⁴⁶² así como las normas usuales de interpretación del DIP⁴⁶³ en el marco de Acuerdo sobre los ADPIC.

la utilización de umbrales numéricos en sí.

⁴⁵⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.494 y párr. 7.495.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, párr. 7.495 y párr. 7.496.

⁴⁶¹ *Ibidem*, párr. 7.499 y párr. 7.500.

⁴⁶² Quedó confirmada por el párr. 1 del art. 1 del ESD, en conjunción con el Apéndice 1 del ESD, en el que el Acuerdo sobre los ADPIC se enumera entre los “acuerdos abarcados”.

⁴⁶³ El GE aplicó la regla general de interpretación y, en la medida en que estuvo justificado, los medios de interpretación complementarios. La regla general de interpretación, contenida en el art. 31 de la Convención de Viena, y las normas sobre los medios de interpretación complementarios que figuran en su art. 32, se han elevado a la categoría de normas del DI consuetudinario o general. DS362DS362. *Informe del GE*, párr. 7.500.

El GE reconoció⁴⁶⁴ que las cuestiones penales y las preocupaciones concomitantes relativas a la soberanía eran asuntos delicados, que se reflejaban en el texto y el alcance de las obligaciones que se establecían en los tratados negociados por los Estados y otros miembros. El Acuerdo sobre los ADPIC (Secc. 5 de la Parte III) contenía limitaciones y flexibilidades significativas, por lo que las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados obligaban a su intérprete a tenerlas en cuenta en la respectiva interpretación.

Naturaleza de la obligación. En la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, se utilizaba la palabra “establecerán”, que denotaba *obligatoriedad*, esto contrastaba con su *cuarta* frase, que empleaba la expresión “podrán prever”, que denotaba *permissividad*, a diferencia de su *tercera* frase, “cuando proceda” que podría otorgar cierto margen de discrecionalidad. Por lo tanto, términos de la primera frase del art. 61, leídos en su contexto, imponían una *obligación*.⁴⁶⁵

Esta interpretación fue confirmada por el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativo a las “obligaciones generales” que formaba parte del contexto del art. 61. La obligación general del art. 41 confirmaba que el art. 61 contenía obligaciones, por ser una de las disposiciones específicas sobre procedimientos de observancia de la Parte III.⁴⁶⁶ El párr. 1 del art. 41, establecía en la parte pertinente:

Los miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

El GE explicó⁴⁶⁷ que, aunque no se utilizara el término “infracción”, era importante señalar que el Acuerdo sobre los ADPIC (Parte II), las disposiciones del Convenio de París (1967) y del Convenio de Berna,⁴⁶⁸ contenían normas mínimas sobre la existencia, el alcance y el ejercicio de los DPI, aplicadas

⁴⁶⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.501.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, párr. 7.502 y párr. 7.503.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, párr. 7.504 y párr. 7.505.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, párr. 7.507.

⁴⁶⁸ Convenio de París (1967) incorporadas por el párr. 1 del art. 2 y las disposiciones del Convenio de Berna incorporadas por el párr. 1 del art. 9.

independientemente del trato nacional. Estas disposiciones definían los derechos que confería la PI y las circunstancias en las que éstos se infringían. El Acuerdo sobre los ADPIC (Parte III) previa la observancia de esos derechos, en distintos grados. Por lo tanto, el Acuerdo contenía obligaciones sustantivas que no eran simplemente cuestiones que quedaban libradas a la discreción de los países.

Al respecto, China sostuvo que:⁴⁶⁹

- La primera frase del art. 61 no establecía una obligación específica porque previa la observancia en caso de determinados tipos de infracción. Ni el Acuerdo sobre los ADPIC ni el Convenio de Berna definían qué constituía una infracción sustantiva. Se subordinaban a las facultades discrecionales nacionales para definir los derechos vulnerados.
- El art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC era menos específico que otros acuerdos y carecía de claridad para demostrar una obligación específica y concreta.
- La tercera frase del párr. 1 del art. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC establecía el contexto general para interpretar la especificidad de las normas de ese Acuerdo y que esta disposición era una “reserva” específica que ponía límites a las obligaciones, en el ámbito de la observancia. La disposición señalaba:

Los miembros *aplicarán* las disposiciones del presente Acuerdo. Los miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.

El GE aplicó las reglas usuales de interpretación de tratados a los términos empleados en el Acuerdo sobre los ADPIC y señaló a la atención de China, el párr. 4 del art. XVI del Acuerdo sobre la OMC, que estipula: “Cada miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexas”,⁴⁷⁰ por consiguiente, los miembros estaban obligados a asegurarse de

⁴⁶⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.506, párr. 7.508, párr. 7.509, párr. 7.511 y párr. 7.512.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, párr. 7.510.

que sus respectivas legislaciones estuvieran en conformidad con las obligaciones que a cada uno le correspondían en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

El GE explicó las tres frases que componen la tercera frase del párr. 1 del art. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC:⁴⁷¹

- La primera establece la obligación básica de que los miembros “aplicarán” las disposiciones del Acuerdo y que son obligaciones en los casos en que así se estipule. La primera frase del art. 61 así lo estipulaba.
- La segunda aclara que las disposiciones del Acuerdo sólo son normas mínimas. Deja libertad a los miembros para aplicar una norma más estricta, con sujeción a una condición.
- La tercera no deja libertad a los miembros para aplicar una norma menos estricta, pero sí para establecer el método adecuado para cumplir las disposiciones que estaban obligados a aplicar en virtud de la primera frase.

En este sentido, el GE:⁴⁷²

- Explicó que una interpretación coherente de estas tres frases no permitía que las diferencias entre los sistemas y prácticas jurídicas internas justificaran una excepción a la obligación básica de aplicar las disposiciones sobre la observancia. El art. 61 era la *norma mínima internacionalmente acordada*. No estaba subordinada a la práctica interna de China en lo que respectaba a la definición de la responsabilidad y las sanciones penales por otros hechos ilícitos en esferas que no estuvieran sujetas a obligaciones internacionales en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, a menos que así se estipulara.
- Confirmó su interpretación de que la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, leída en su contexto y a la luz del objeto y fin del Acuerdo, *imponía una obligación* que consistía en: los miembros “establecerán procedimientos y sanciones penales”, y se aplicaba a todos los actos de falsificación *dolosa* de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA a *escala comercial*. Dentro de ese alcance, no había excepciones.

⁴⁷¹ *Ibidem*, párr. 7.513.

⁴⁷² *Ibidem*, párr. 7.514 al párr. 7.516.

Esta interpretación fue confirmada por el párr. 1 del art. 41⁴⁷³ del mismo Acuerdo, relativo a las “obligaciones generales”, que confirmaba que el art. 61, contenía obligaciones, por ser una de las disposiciones específicas sobre procedimientos de observancia de la Parte III.⁴⁷⁴

El GE recordó su conclusión de que, en China, los actos de infracción de las marcas de fábrica o de comercio y del DA que no alcanzaban los umbrales aplicables no estaban sujetos a procedimientos ni sanciones penales. Se planteó si uno de esos actos de infracción constituía “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio” o “piratería lesiva del DA a escala comercial” en el sentido de la primera frase del art. 61 y señaló que la obligación contenida en esta disposición tenía mínimo cuatro limitaciones que definían su alcance y no eran excepciones.⁴⁷⁵ Las limitaciones eran:

- Primera. La obligación se aplicaba a las marcas de fábrica o de comercio y al DA, y no a todos los DPI abarcados por el Acuerdo sobre los ADPIC. La cuarta frase del art. 61 daba a los miembros la *posibilidad* de tipificar penalmente otras infracciones de DPI, cuando se cometieran con dolo y a escala comercial, pero no era una obligación a pesar de la posible gravedad de tales infracciones.
- Segunda. La obligación se aplicaba a la falsificación y la piratería, y no a todas las infracciones de las marcas de fábrica o de comercio y del DA. Esta limitación, como la primera, indicaba una intención de reducir el alcance de la obligación.⁴⁷⁶ Las expresiones “falsificación de marcas de fábrica o de comercio” y “piratería lesiva del DA” no estaban definidas en el Acuerdo sobre los ADPIC, eran diferentes de los conceptos de “infracción de una marca de fábrica o de comercio” e “infracción del DA”.⁴⁷⁷ Eran similares a las expresiones

⁴⁷³ Los miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

⁴⁷⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.503 a párr. 7.505.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, párr. 7.517 y párr. 7.518.

⁴⁷⁶ De hecho, las actas de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC confirmaban que en el proyecto de disposición sobre procedimientos penales se consideró la expresión “infracción de una marca de fábrica o de comercio o de un DA” a escala comercial, pero finalmente fue rechazada. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.519.

⁴⁷⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.520.

siones “mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas” y “mercancías pirata que lesionan el DA”, definidas a los fines del Acuerdo sobre los ADPIC, en su “nota 14”:

Para los fines del presente Acuerdo:

- a) Se entenderá por “mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas” cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven apuesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación;
- b) Se entenderá por “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor” cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.

Los términos utilizados en la primera frase del art. 61 denotaban clases de actos o actividades, mientras que los términos utilizados en la “nota 14” sólo denotaban clases de mercancías. Esto reflejaba el hecho de que el art. 61, regulaba la observancia penal frente a los actos de infracción, mientras que la Secc. 4 de la Parte III (en donde se utilizan los términos definidos en la “nota 14”) regulaba la observancia en la frontera frente a las mercancías infractoras.⁴⁷⁸

Las definiciones de la “nota 14” hacían referencia a la legislación del país de “importación”, mientras que el art. 61, se refería a la legislación del miembro al que se aplicaba la obligación (la legislación del miembro en el que tenía lugar la infracción). El GE consideró que las definiciones de la “nota 14” eran pertinentes para interpretar los términos del art. 61.

- La tercera indicaba en la versión inglesa la palabra *wilful* (dolosa) que precedía a las palabras: falsificación de marcas de fábrica o de

⁴⁷⁸ *Ibidem*, párr. 7.521.

comercio o de piratería lesiva del DA.⁴⁷⁹ Esa palabra funcionaba como un calificativo que indicaba que ni la falsificación de marcas de fábrica o de comercio ni la piratería lesiva del DA estaban sujetas a la obligación que figuraba en la primera frase del art. 61, a menos que fueran “dolosas” (intención del infractor; reflejaba el carácter penal del procedimiento de observancia en cuestión). No había obligación alguna de establecer sanciones para las infracciones cometidas sin la necesaria intención.

- La cuarta, recogía la primera frase del art. 61 que indicaba la expresión “a escala comercial” que seguía a las palabras “falsificación [...] de marcas de fábrica o de comercio o [...] piratería lesiva del derecho de autor”. Al igual que la palabra *wilful* en la versión inglesa, esa expresión parecía calificar tanto la “falsificación de marcas de fábrica o de comercio” como la “piratería lesiva del DA”. La limitación a los casos que se producían a escala comercial, como a los casos de dolo, contrastaba con todas las demás obligaciones específicas sobre observancia previstas en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC.⁴⁸⁰

La principal cuestión interpretativa objeto de esta DS era el sentido de la frase “a escala comercial”, que funcionaba en el contexto como calificativo, indicando que la falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o la piratería lesiva del DA estaban incluidas en el alcance de la obligación siempre que también se satisficiera la condición de que fueran “a escala comercial”. Por consiguiente, determinados actos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA estaban excluidos del alcance de la primera frase del art. 61.⁴⁸¹

A pesar de que la falsificación de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del DA infringían los derechos de los titulares de derechos, y de su posible gravedad. Las calificaciones de *dolo* y “escala comercial” indicaban que el art. 61 no exigía a los miembros que establecieran procedimientos y sanciones penales para la falsificación y la piratería *per se* a menos que éstas cumplieran determinados criterios adicionales.⁴⁸²

⁴⁷⁹ *Trademark counterfeiting or copyright piracy*. DS362. Informe del GE, párr. 7.523.

⁴⁸⁰ DS362. Informe del GE, párr. 7.524.

⁴⁸¹ *Ibidem*, párr. 7.525.

⁴⁸² *Ibidem*, párr. 7.526.

Así lo pone de manifiesto la cuarta frase del art. 61, que permite a los miembros prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción, “en particular” cuando se cometa con *dolo* y a *escala comercial* como un subconjunto de casos de infracción, que comprendía los casos más graves. Por consiguiente, el texto del art. 61 indicaba que no debía suponerse que la naturaleza de la falsificación y la piratería *per se* era tal que los miembros estaban obligados a prever la aplicación de procedimientos y sanciones *penales*.

La naturaleza de la obligación, contenida en la primera frase del art. 61, era una *norma mínima*, así lo confirmaban las palabras “al menos” contenidas en él y de manera más general, la segunda frase del párr. 1 del art. 1. Los miembros podían tipificar como delito *otros actos* de falsificación de marcas de fábrica o de comercio, de piratería lesiva del DA, de infracción de marcas de fábrica o de comercio y del DA, y de infracción de otros DPI, como las patentes. Muchos así lo hacen, pero el Acuerdo sobre los ADPIC no lo establecía como obligación.⁴⁸³

Uno era el trato que se daba a la falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del DA a escala comercial (Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC) y otro el que se daba a las demás infracciones de los DPI. Sólo las primeras estaban sujetas a una obligación relativa a procedimientos y sanciones penales porque eran actos de infracción más flagrantes y notorios.⁴⁸⁴

El art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC era único entre los acuerdos internacionales sobre PI, porque ninguno de ellos establecía una norma mínima específica para los procedimientos de observancia penales, en parte por el hecho de que los DPI eran derechos privados, como se reconocía en el cuarto considerando de su Preámbulo. Por el contrario, los procedimientos penales estaban concebidos a sancionar actos que transgredían los valores de la sociedad. En este contexto, el GE examinó el sentido corriente de las palabras “a escala comercial”.⁴⁸⁵

La expresión “a escala comercial”. Las partes adoptaron enfoques diferentes para interpretar esta expresión, el GE los examinó uno por uno, en su sentido corriente, su contexto, objeto y fin del Acuerdo de los ADPIC,

⁴⁸³ Párr. 1 del art. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC. [...] Los miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo [...]. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.512 y párr. 7.527.

⁴⁸⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.528.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, párr. 7.529 al párr. 7.531.

según la *práctica ulteriormente seguida y conforme a los medios de interpretación complementarios*. Se empezó por el enfoque del reclamante y luego por el del demandado.

Enfoque del “reclamante”: sentido corriente, contexto, objeto y fin del Acuerdo de los ADPIC. Los EUA sostuvieron⁴⁸⁶ que quienes participaran en actividades comerciales para obtener una “ganancia financiera” en el mercado, estaban, por definición, operando a escala comercial. Añadieron dos precisiones a su posición inicial:

[...] un infractor dedicado *seriamente*⁴⁸⁷ a la búsqueda de un beneficio financiero en el mercado actúa necesariamente a una “escala” que es “comercial” y por tanto está comprendido en el sentido corriente del término; y

[...] la “escala comercial” ciertamente se extiende a quienes se dedican genuinamente a actividades comerciales para obtener un beneficio financiero.

El enfoque de los EUA fue entendido por el GE respecto a que “escala comercial” incluía básicamente todo lo que era “comercial”, a excepción de algunas actividades insignificantes o *de minimis*. A la palabra “escala” se le restaba importancia hasta un punto en que perdía la significación que los negociadores quisieron darle, que hacía referencia a las dimensiones.⁴⁸⁸

Evaluación del GE de la frase “escala comercial”. El GE evaluó la frase, interpretando las palabras que la componían.

- *Escala*. El sentido corriente de la palabra “escala” se definió como: magnitud o medida relativa; grado, proporción. Frecuentemente en expresiones como *a gran, a enorme, a pequeña*, etc.⁴⁸⁹ Esta definición incluía tanto el concepto de *cantidad*, en términos de magnitud o medida, como el concepto de *relatividad* y ambos se combinan en las nociones de *grado y proporción*. Por consiguiente, una “esca-

⁴⁸⁶ *Ibidem*, párr. 7.530, párr. 7.546 y párr. 7.549.

⁴⁸⁷ Los EUA emplearon las palabras seriamente o genuinamente para subrayar que los infractores de los DPI debían realmente dedicarse a la búsqueda de un beneficio financiero mediante actividades comerciales no insignificantes en el mercado, por oposición, por ejemplo, a una intervención aislada y de carácter limitado en el mercado. Que un infractor se dedique *seriamente o genuinamente* a actividades comerciales dependerá de los hechos y las circunstancias de la actividad. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.550.

⁴⁸⁸ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.551 y párr. 7.557.

⁴⁸⁹ *Relative magnitude or extent; degree, proportion. Freq. in on a grand, lavish, small, etc. scale*. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.532 y párr. 7.533. Esta definición no planteó controversia entre las partes.

la” particular comparaba determinadas cosas o acciones en términos de sus dimensiones. Algunas cosas o acciones serían de las *dimensiones pertinentes* y otras no.

- *Comercial*. Las dimensiones pertinentes quedaban indicadas por la palabra “comercial”. El sentido corriente de *commercial* (comercial) podía definirse de varias maneras, entre las que se señalaron las siguientes: 1. dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio⁴⁹⁰ y 2. interesado en el rendimiento financiero más que en consideraciones artísticas; probablemente rentables; considerado una mera cuestión de negocios.⁴⁹¹

El GE consideró que la definición “1. dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio” era pertinente, porque incluía el término *commerce* (comercio) que, a su vez, podía definirse como: compra y venta; intercambio de mercancías o servicios, especialmente a gran escala.⁴⁹² Esta definición integrada a su vez en la definición de “comercial” daba como resultado que “comercial” significara, básicamente, dedicado a la compra y venta, o perteneciente o relativo a la compra y venta.

Combinación de escala y comercial. La combinación de la definición ampliada de “comercial” y la de “escala” daría como resultado un sentido en términos de una magnitud o medida relativa de quienes se dedican a la compra y venta, o una magnitud o medida relativa de lo que es perteneciente o relativo a la compra y venta. Esto creaba un vínculo con el mercado comercial. Sin embargo, la combinación presentaba un problema: la escala era un concepto cuantitativo, mientras que lo comercial era algo cualitativo, en el sentido de que se refería a la naturaleza de determinados actos.⁴⁹³

Algunos actos eran de hecho comerciales, mientras que otros no lo eran. Cualquier acto de venta podía describirse como “comercial” en un sentido básico, independientemente de sus dimensiones o de su valor. Si “comercial” se interpretaba simplemente como un término cualitativo, referente a todos los actos pertenecientes o relativos al comercio, ello suponía interpretar que la palabra “escala” no formaba parte del texto.

⁴⁹⁰ *Engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce* DS362. Informe del GE, párr. 7.534.

⁴⁹¹ *Interested in financial return rather than artistry; likely to make a profit; regarded as a mere matter of business* DS362. Informe del GE, párr. 7.534.

⁴⁹² DS362. Informe del GE, párr. 7.534, párr. 7.535 y párr. 7.538, *buying and selling; the exchange of merchandise or services, esp. on a large scale*.

⁴⁹³ DS362. Informe del GE, párr. 7.536.

Los actos a escala comercial serían simplemente actos comerciales. La frase “a escala comercial” significaría simplemente “comercial”. Esta interpretación no daba sentido a todos los términos utilizados en el tratado. No había en ninguna parte de Acuerdo sobre los ADPIC, otros usos de la palabra “escala”, sólo la contemplaban las frases primera y cuarta del art. 61. Sin embargo, si se utilizaba frecuentemente la palabra “comercial” acompañada de muchos otros sustantivos.⁴⁹⁴

Contexto de la expresión conforme al objeto y fin del Acuerdo de las ADPIC. La palabra “comercial” también figuraba en otros acuerdos internacionales como el Convenio de París (1967),⁴⁹⁵ el Convenio de Berna,⁴⁹⁶ el Tratado sobre la PI respecto de los Circuitos Integrados.⁴⁹⁷ Su contexto mostró que los negociadores calificaron determinadas actividades como “comerciales”⁴⁹⁸ y varios sustantivos,⁴⁹⁹ como “comerciales” o “no comerciales”.

Lo negociadores del Acuerdo sobre los ADPIC podrían haber acordado que la obligación que figuraba en la primera frase del art. 61 se aplicaría a casos de falsificación de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA que fuesen dolosas y “comerciales” y con ello se habrían incluido todas las actividades encaminadas a lograr un beneficio o rentabilidad económicos. Sin embargo, no lo acordaron. En su lugar acordaron utilizar la frase: “a escala comercial”.⁵⁰⁰

La elección de la palabra “escala” era una decisión deliberada, y debía dársele el peso debido en la interpretación. “Escala” denotaba una dimensión relativa y reflejaba la intención de los negociadores de que la limitación de la obligación que figuraba en la primera frase de este artículo dependiese de la *dimensión* de los actos de falsificación y piratería. Por consiguiente,

⁴⁹⁴ Los otros usos de la palabra “comercial” incluían “arrendamiento comercial”, “fines comerciales”, “explotación comercial”, “términos comerciales”, “uso público no comercial”, “primera explotación comercial”, “usos comerciales honestos”, “valor comercial”, “uso comercial desleal”, “que no tengan carácter comercial” e “intereses comerciales legítimos”. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.539.

⁴⁹⁵ Incluyen usos de la palabra en la frase “establecimiento industrial o comercial” (en singular o en plural) y en las frases “actividad industrial o comercial” y “materia industrial o comercial”.

⁴⁹⁶ Incluyen en inglés la frase *any commercial purpose* (fines de lucro).

⁴⁹⁷ Incluyen las frases “comercialmente explotado” y “explota comercialmente en forma ordinaria”.

⁴⁹⁸ Como el arrendamiento, la explotación y el uso.

⁴⁹⁹ Como “términos”, “valor”, “carácter” e “intereses”. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.540.

⁵⁰⁰ Las actas de las negociaciones mostraban que en un principio se sugirió esa formulación. Sugerencia de los EUA. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.541 y párr. 7.542.

aunque “comercial” fuera un término cualitativo, sería un error interpretarlo únicamente desde ese ángulo. En este contexto debía indicar una cantidad.⁵⁰¹

Un examen de los usos de la palabra “comercial” en el Acuerdo sobre los ADPIC indicó que: 1) vinculó con el mercado a diversas actividades, y no simplemente la venta, 2) no cabía suponer que las actividades “comerciales” se realizaban a una escala mayor que otras. La característica distintiva de una actividad comercial era que se llevara a cabo para obtener un beneficio y 3) el art. 61 utilizaba “comercial” para calificar una noción de dimensión.⁵⁰²

En opinión del GE,⁵⁰³ la combinación de la definición básica de “comercial” y la de “escala” podía conciliarse con el contexto del art. 61, si se considerara no sólo de acuerdo con la naturaleza de una actividad, sino también en términos de dimensiones relativas, como punto de referencia en el mercado. Como no había ningún otro calificativo además de “comercial”, ese punto de referencia debía ser lo que “comercial” connotaba típicamente o usualmente.

En términos cuantitativos, *el punto de referencia sería la magnitud o medida en la que la participación en el comercio, o las actividades pertenecientes o relativas al comercio, se llevaran a cabo típica o usualmente; en otras palabras: la magnitud o medida de la actividad comercial típica o usual.*

El artículo indefinido “a” (en Inglés) de la frase “a escala comercial” se refería a más de una magnitud o medida de actividad comercial típica o usual que variaría en los diferentes “casos” de falsificación y piratería a los que se aplicara la obligación. Lo que era típico o usual variaba en función del tipo de comercio de que se tratara.⁵⁰⁴ Interpretación definitiva del GE.

El GE explicó⁵⁰⁵ que el art. 61 se refería a la dimensión (escala) calificada únicamente por la palabra “comercial”. Esto indicaba que los negociadores pretendieron referirse a algo diferente de *de minimis*, que era lo que se establecía en el art. 60,⁵⁰⁶ también indicaba que los negociadores no

⁵⁰¹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.543.

⁵⁰² *Ibidem*, párr. 7.544.

⁵⁰³ *Ibidem*, párr. 7.545.

⁵⁰⁴ Las partes y algunos terceros (el Brasil, México, Corea, el Canadá y las CE) intentaron dar el sentido adecuado a los conceptos de “comercio” y “escala” de diversas maneras. Se pueden consultar todas las opiniones en: DS362. *Informe del GE*, párr. 7.546 al párr. 7.556.

⁵⁰⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.553.

⁵⁰⁶ El art. 60 definía las infracciones insignificantes en términos de volumen (pequeñas cantidades), carácter (que no tengan carácter comercial) y circunstancias (que formen parte del

equipararon lo pequeño con lo no comercial, lo que confirmaba que una escala “comercial” no era necesariamente una escala pequeña ni grande. Si los negociadores hubiesen querido excluir sólo las infracciones *de minimis* de la norma mínima del art. 61, tenían un modelo en el art. 60, o podrían haber utilizado palabras como “excepto para uso limitado o personal”. Sin embargo, no lo hicieron.

Enfoque del “demandado”: sentido corriente, contexto, objeto y fin del Acuerdo de los ADPIC. China sostuvo que las palabras “a escala comercial” debían interpretarse como un solo término. El GE observó que la regla general de interpretación de los tratados del art. 31 de la Convención de Viena se refería, en su párr. 1, al sentido corriente que hubiera de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y que cuando los términos se componían de una única palabra, o de palabras que de ordinario se utilizaban juntas, el intérprete del tratado debía remitirse al sentido corriente de esa única palabra, o de cada palabra en el contexto particular de cada una de las demás.⁵⁰⁷

El GE siguió el enfoque del Órgano de Apelación en el asunto *CE-Trozos de pollo*⁵⁰⁸ en el que se observó que los diccionarios ofrecían un punto de partida útil para el análisis del sentido corriente de una expresión de un tratado, pero no eran necesariamente determinantes. El sentido corriente de una expresión de un tratado tenía que establecerse según las circunstancias propias de cada caso. Un aspecto importante era que el sentido corriente de un término de un tratado debía verse a la luz de la intención de las partes según se expresara en las palabras que utilizaron a la luz de las circunstancias que las rodeaban.

La expresión “a escala comercial” había sido utilizada en un contexto de PI en diversas leyes de patentes de muchos países, mucho antes de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC. También, en el contexto del Comité de Expertos de la OMPI sobre medidas de lucha contra la falsificación y la piratería en 1988, respecto, de la falsificación de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del DA (época en que tuvo lugar la primera parte de las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC), en el proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales recogido en un Memorándum elaborado por la Oficina Internacional de la OMPI.⁵⁰⁹

equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas).

⁵⁰⁷ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.557 y párr. 7.558.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, párr. 7.559.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, párr. 7.561 y párr. 7.562.

El GE consideró⁵¹⁰ que las palabras “comercial” y “escala” ofrecían un contexto importante para el sentido corriente que cada una tenía en relación con la otra cuando se utilizaban conjuntamente, como sucedía en la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.

China sostuvo⁵¹¹ que la frase “a escala comercial” se refería a “una magnitud significativa de actividad infractora”. Se refirió a cuatro usos aislados de esta frase, dispersos a lo largo de un período de 40 años: uno en la Conferencia de La Habana de los años 1947-1948, otro en una reunión del Consejo del GATT de 1985, y dos en la legislación nacional estadounidense sobre el desarrollo de energías alternativas y a partir de estos usos, postuló una interpretación que sugiriera una actividad a escala industrial.

El GE consideró⁵¹² que esta interpretación estaba predeterminada por el contexto de los usos que había seleccionado China, que se referían a actividades a escala comercial a nivel industrial. Esto no era pertinente en el contexto del art. 61, que se aplicaba a actos de infracción de derechos individuales (productos individuales).

China adujo que la observación explicativa que acompañaba al proyecto de Disposiciones Tipo era un ejemplo de uso corriente de la expresión “escala comercial”, pero el GE señaló que esta expresión en la observación explicativa no pretendía ser una definición, además de que había sido controvertida, esto fue confirmado por el informe del Comité de Expertos de la OMPI sobre medidas de lucha contra la falsificación y la piratería de abril de 1988. Por consiguiente, no era un ejemplo de uso corriente. Además de que el proyecto de Disposiciones Tipo nunca se aprobó.⁵¹³

China aportó otros ejemplos de usos corrientes de la frase “escala comercial” por ejemplo, de comunicados de prensa de empresas, materiales presentados a la Comisión de Bolsa y Valores de los EUA y solicitudes de patente. Entre las pruebas había ejemplos de usos de esta expresión acompañada de sustantivos como: “fabricación”, “producción”, que se referían a actos que podían constituir falsificación de marcas de fábrica o de comercio y piratería lesiva del DA. Otros sustantivos como, “instalación”, “proceso”, “reactor”, “composición” y “cultivo”, “manufactura” y “utilización”,

⁵¹⁰ *Ibidem*, párr. 7.563.

⁵¹¹ *Ibidem*, párr. 7.564.

⁵¹² *Ibidem*, párr. 7.565.

⁵¹³ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.566 y párr. 7.567. No era adecuado elegir una observación explicativa que lo acompañaba y elevarla a la condición de interpretación correcta del texto de un tratado que se negoció en otro foro y que finalmente *fue* aprobado.

confirmaron que la frase podía utilizarse en diferentes contextos como un término único.⁵¹⁴

Una simple búsqueda en las bases de datos en línea del Tratado de Cooperación en materia de Patentes, la Oficina de Patentes y Marcas de los EUA y la Oficina Europea de Patentes revelaron que numerosas solicitudes de patente utilizaban esta frase, pero las definiciones variaban mucho y según la invención reivindicada en la solicitud.⁵¹⁵

El GE consideró⁵¹⁶ que dada la variedad de los contextos en los que se utilizaba la expresión “a escala comercial” o “escala comercial”, indicaban que cada una de las palabras que la componían proporcionaba un contexto importante para la interpretación de la otra cuando se utilizaban conjuntamente. Su sentido combinado variaba mucho de acuerdo con el contexto en que se encontraban. La falta de precisión era evidente. Ninguno de esos usos se refería a actividades que eran simplemente comerciales. Se utilizaban para distinguir determinadas actividades que no alcanzaban un punto de referencia en el mercado desde el punto de vista de lo que era típico. El punto de referencia exacto en cada caso dependía del producto y del mercado a los que se refería la frase.

Interpretación definitiva del GE. A la luz de la evaluación y las pruebas, el GE constató e interpretó⁵¹⁷ que: una “escala comercial” era la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual. Por consiguiente, la falsificación o la piratería “a escala comercial” se referían a la falsificación o la piratería realizadas con la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual con respecto a un producto determinado en un mercado determinado. Esto último (lo que está en negritas) constituía un punto de referencia para valorar la obligación contenida en la primera frase del art. 61. Lo que constituía una escala comercial para la falsificación o la piratería de un producto particular en un mercado particular dependería de la magnitud o la medida que fuera típica o usual con respecto a ese producto en ese mercado, que podía ser pequeña o grande. La magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual se relacionaba, a largo plazo, con la rentabilidad.

El GE observó⁵¹⁸ que lo que era típico o usual en el comercio era un concepto flexible. El contexto inmediato en la segunda frase del art. 61,

⁵¹⁴ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.569 al párr. 7.572.

⁵¹⁵ *Ibidem*, párr. 7.573.

⁵¹⁶ *Ibidem*, párr. 7.576.

⁵¹⁷ *Ibidem*, párr. 7.545 y párr. 7.577.

⁵¹⁸ *Ibidem*, párr. 7.578.

relacionada con su primera frase, se refería a conceptos análogamente flexibles de “disuasorio” y “gravedad correspondiente”. Ni esos términos ni “escala comercial” eran precisos, sino que todos ellos dependían de las circunstancias, que variaban en función de las diversas formas del comercio y de la falsificación y la piratería a las que se aplicaban esas obligaciones.

Práctica ulteriormente seguida. Como “práctica ulteriormente seguida” China se refirió a un material que comprendía las políticas de observancia de dos autoridades de dos miembros de la OMC: 1) un proyecto de Directiva y 2) varios acuerdos de libre comercio celebrados por los EUA. El GE examinó el material y consideró que no tenían alcance suficiente para constituir una pauta común, concordante y coherente de actos o declaraciones. No los consideró una práctica seguida ulteriormente a los efectos de esta interpretación.⁵¹⁹

Medios de interpretación complementarios. China sostuvo que el proyecto de Disposiciones Tipo del Comité de Expertos de la OMPI sobre medidas de lucha contra la falsificación y la piratería⁵²⁰ (comentado en párrafos anteriores) incluía una definición que había servido de base para debatir la expresión “a escala comercial” cuando se había negociado el Acuerdo sobre los ADPIC, pero el GE le recordó a China que la observación explicativa que acompañaba al proyecto, no representaba la intención común del Comité de Expertos y de los participantes en las negociaciones. Además de que el proyecto no se concluyó.⁵²¹

Durante la labor del Comité de Expertos de la OMPI se presentó una propuesta por las CE para las negociaciones sobre la observancia de los DPI relacionados con el comercio que contenía un proyecto de disposición sobre procedimientos y sanciones penales⁵²² que tenía una gran similitud con las frases primera, segunda y cuarta del art. 61. Fue la primera propuesta que utilizó la expresión “a escala comercial”, pero había diferencias entre el proyecto de Disposiciones Tipo,⁵²³ la propuesta de las CE y los términos del

⁵¹⁹ *Ibidem*, párr. 7.579 al párr. 7.581.

⁵²⁰ El proyecto de Disposiciones Tipo aparecía mencionado en las actas de las negociaciones sobre los ADPIC de mayo de 1988 y agosto de 1988, en el contexto de un debate sobre el alcance de un marco sobre el comercio de mercancías falsificadas (que no llegó a concluirse).

⁵²¹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.582, párr. 7.585 y párr. 7.586.

⁵²² Presentada al Grupo de Negociación sobre los ADPIC en mayo de 1989.

⁵²³ Incluía la frase “a escala comercial” dentro de los conceptos de “falsificación” y “piratería”. La observación explicativa del proyecto de Disposiciones Tipo se limitaba al acto de la fabricación, mientras que el art. 61 abarcaba el abanico de actos de falsificación y piratería.

art. 61⁵²⁴ Las actas de las negociaciones sobre los ADPIC no revelaron un debate sobre el sentido de la frase “a escala comercial”.⁵²⁵

Por consiguiente, el GE no consideró⁵²⁶ que la observación explicativa que acompañaba al proyecto de Disposiciones Tipo arrojara luz más allá de lo ya indicado, sobre las intenciones con las que los negociadores del Acuerdo sobre los ADPIC utilizaron la expresión “escala comercial”.

Párr. 5 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. China sostuvo⁵²⁷ que el párr. 5 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC manifestaba que ninguna de las disposiciones en materia de observancia podía interpretarse en el sentido de que obligara a los miembros a establecer umbrales de baja escala —y, en consecuencia, de grandes recursos— para la tipificación penal de las infracciones de la PI. Los EUA no alegaron⁵²⁸ que China estuviera obligada al enjuiciamiento penal de todos los actos de falsificación y piratería comprendidos en el alcance de la primera frase del art. 61. El párr. 5 del art. 41 dispone:⁵²⁹

Queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.

El GE consideró⁵³⁰ que esta disposición era importante para el equilibrio general de derechos y obligaciones de la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC. Las dos frases que lo forman se aplican a la parte en la que está incluido el art. 61.

⁵²⁴ Utilizaba la frase “a escala comercial” para calificar los conceptos de “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA”. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.588.

⁵²⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.589.

⁵²⁶ *Ibidem*, párr. 7.590.

⁵²⁷ *Ibidem*, párr. 7.591.

⁵²⁸ *Ibidem*, párr. 7.592.

⁵²⁹ *Ibidem*, párr. 7.593.

⁵³⁰ *Ibidem*, párr. 7.594.

- Primera frase. China contaba con organismos administrativos dedicados a la observancia de la PI separados de sus organismos de aplicación de la legislación en general. No tenía ninguna obligación de instaurar un sistema judicial separado para la observancia de los DPI.⁵³¹
- Segunda frase. Se refiere a la distribución de los recursos destinados a lograr la observancia. A juicio del GE, esto cumplía una importante función en relación con el art. 41, en particular su párr. 1⁵³² y en el ejercicio efectivo de las facultades de imposición de los DPI que corresponden a toda la Parte III. Sin embargo, las constataciones del GE acerca de la primera frase del art. 61 se limitaban a la determinación de los actos de infracción que debían tipificarse como delitos, y no de los que debían dar lugar a enjuiciamiento.

El GE confirmó que no había hecho constataciones sobre ningún deber de enjuiciar. China pidió al GE, tomara nota de que su legislación penal permitía la acción privada para el enjuiciamiento por ciertos delitos y especuló que la tipificación de un delito con un umbral demasiado bajo “podría desencadenar un gran volumen de acciones de observancia privadas imponiendo una carga considerable al sistema judicial”. El GE confirmó su interpretación de la frase “a escala comercial” expuesta en párrafos anteriores.⁵³³

Conformidad de las medidas en litigio con las normas aplicables respecto del nivel de los umbrales. En razón de las constataciones de la interpretación de las frases “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o piratería lesiva del DA” “a escala comercial”, en especial de “escala comercial” (art. 61), el GE recordó, que se trataba de una norma relativa, que variaba al aplicarse a distintas situaciones fácticas, lo que variaba era la norma de la obligación establecida por el tratado, y no necesariamente los medios a través de los cuales los miembros optaran por aplicar esa norma. Era confirmado por la tercera frase del párr. 1 del art. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC: “Los miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”. Esta disposición confirmó que el Acuerdo sobre los ADPIC no imponía formas determinadas para las disposiciones legales.⁵³⁴

⁵³¹ *Ibidem*, párr. 7.595.

⁵³² *Ibidem*, párr. 7.596.

⁵³³ *Ibidem*, párr. 7.598 y párr. 7.599.

⁵³⁴ *Ibidem*, párr. 7.600 al párr. 7.602.

Mientras un miembro efectivamente estableciera procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o piratería lesiva del DA a escala comercial, habría cumplido esa obligación. Si se alegaba que el método de aplicación no los establecía para tales casos, esa alegación debía ser acreditada con pruebas. El GE evaluó si las pruebas demostraban que China no establecía procedimientos y sanciones penales para cualquier caso de esa índole y comenzó⁵³⁵ la evaluación de las dos vertientes de la alegación de los EUA, como se explica:

- Respecto de la primera, los EUA impugnaron los *niveles* en que estaban fijados determinados umbrales, es decir el nivel de una serie de umbrales numéricos en relación con una norma relativa, y demostrar que los niveles eran superiores a esa norma en su aplicación a determinadas situaciones fácticas. Esto exigía pruebas cuantitativas.
- Respecto de la segunda, los EUA impugnan los *factores* que se tenían en cuenta en los umbrales penales. Esto exigía pruebas cualitativas.

*Respecto de la primera vertiente.*⁵³⁶ Las partes acordaron que: a) la norma de “a escala comercial” variaría según el producto y el mercado, y b) la conformidad de los umbrales penales fijados con esa norma “a escala comercial” debía evaluarse con referencia al mercado de China, es decir total o principalmente en relación con el mercado del país demandado.

En este sentido, el GE, examinó las condiciones específicas vigentes del mercado de China para evaluar si las medidas en litigio, que eximían de responsabilidad a ciertos actos de infracción, se ajustaban o no a la norma relativa del art. 61, fijada en términos de lo que constituía una “escala comercial”, que variaría, no sólo según el mercado, sino también según el producto dentro de un mismo mercado.

Los umbrales penales fijaban niveles que excluían determinadas actividades comerciales de los procedimientos y sanciones penales a algunos casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio y de piratería lesiva del DA. Los EUA se apoyaron, en el texto de las propias medidas que establecían esos umbrales. El GE, examinó las medidas y efectivamente excluían a ciertas actividades comerciales de los procedimientos y sanciones penales. Por ejemplo:

⁵³⁵ *Ibidem*, párr. 7.603.

⁵³⁶ *Ibidem*, párr. 7.604 al párr. 7.610.

- Algunos de los umbrales penales estaban fijados en términos de una actividad comercial, como el “volumen de las actividades comerciales ilegales”⁵³⁷ y las “ganancias ilegales”⁵³⁸ pero sobre la única base de la formulación de sus términos el GE no pudo distinguir, los actos que, en el mercado de China, eran de *escala* comercial de los que no lo eran.
- Ciertos umbrales estaban fijados en términos monetarios, que oscilaban entre 20.000 yuan de beneficios y 50.000 yuan del volumen de negocio o ventas. Los términos no indicaban lo que estas cantidades representaban en comparación con un punto de referencia comercial pertinente en China.

Cada una de estas sumas representaba volúmenes diversos de mercancías según el precio de éstas. Debía tenerse en cuenta el período de tiempo durante el cual podían acumular las infracciones a los efectos de alcanzar esos umbrales. Había un umbral que no estaba fijado en términos monetarios, sino en 500 张 (份“copias”), por lo que no se relacionaba con ningún punto de referencia de mercado pertinente en China.

Lo único concreto en estos ejemplos eran cantidades iguales o levemente inferiores a las indicadas en las propias medidas, que en combinación con los umbrales monetarios y los factores empleados en los umbrales, demostraban las clases de actos para las cuales China no previa que se aplicaran procedimientos y sanciones penales. Esos números y factores, en sí mismos, no demostraban qué constituía una escala comercial para ningún producto ni en ningún mercado en China.⁵³⁹

El GE preguntó⁵⁴⁰ a ambas partes si la “escala comercial” variaba según las características de los mercados, los productos y los agentes que actuaban en un mercado ¿qué relación podía establecerse entre la “escala comercial” y esas consideraciones? y ¿qué tipos de datos podrían ser pertinentes?

Los EUA afirmaron que el mercado de China, incluido el mercado de muchos productos amparados por el DA y por marcas de fábrica o de comercio, estaba fragmentado y se caracterizaba por una profusión de

⁵³⁷ Aquellas en que los productos infractores eran “fabricados, almacenados, transportados o vendidos.

⁵³⁸ Se definían en términos de beneficios.

⁵³⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.611.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, párr. 7.613.

pequeños fabricantes, intermediarios y distribuidores y pequeños establecimientos de venta a nivel minorista. Se ofrecieron las siguientes pruebas que fueron examinadas por el GE:

- *Citas de artículos y una estadística.*⁵⁴¹ El GE constató que la información contenida en estas pruebas era escasa y poco representativa para demostrar el nivel que constituía una escala comercial respecto de cualquier producto en China.
- *Estimación del PIB de China.* El GE consideró que el PIB por habitante era un indicador digno de crédito de la renta nacional media, pero no un indicador suficiente de la escala comercial, ya que se calculaba usando como denominador a la población total.⁵⁴²

China sostuvo⁵⁴³ que los EUA debían presentar pruebas de que la legislación de China efectivamente excluía una categoría de infracciones que cumplieran el criterio de la “escala comercial”. Los ejemplos hipotéticos no eran una prueba suficiente.

- *Informe sobre denuncias, registros policiales y medidas penales consiguientes en China.* Destinado a demostrar que los umbrales penales creaban un “refugio seguro” y de que en China se realizaban ventas al por menor de cantidades importantes de productos infractores en niveles que estaban por debajo de los umbrales de China. El GE observó que la cuestión de si se realizaban o no ventas al por menor de productos infractores por debajo de los umbrales no era concluyente respecto de la alegación. La primera frase del art. 61 no obligaba a los miembros a establecer procedimientos y sanciones penales para todos esos casos.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ 1) Una cita de un breve artículo de un periódico estadounidense, el *San Francisco Chronicle*, titulado *30,000-Store Wholesale Mall Keeps China Competitive*; 2) Una estadística citada de un extracto de un informe de un servicio de consultoría en materia de gestión titulado *The 2005 Global Retail Development Index*; y 3) una cita tomada de un artículo de la revista *Time* titulado *In China, There's Priceless, and for Everything Else, There's Cash*. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.616 y párr. 7.617.

⁵⁴² DS362. *Informe del GE*, párr. 7.618 y párr. 7.619.

⁵⁴³ *Ibidem*, párr. 7.620.

⁵⁴⁴ Informe, preparado en 2008 por una coalición de asociaciones empresariales (Informe de la CCA). DS362. *Informe del GE*, párr. 7.621 al párr. 7.623.

El número total de las unidades confiscadas en muchos casos podía ser sólo una parte de una actividad comercial, o de una parte secundaria de ella. Los datos sobre las confiscaciones revelaron la escala de la existencia de mercancías infractoras, pero no indicaban la escala de cada operación de venta al por menor, ni lo que constituía una escala comercial respecto de tales productos en ese mercado, tampoco permitían deducir nada respecto de la escala de las operaciones realizadas en los respectivos puntos de venta objeto de los registros.

- *Censo Económico*. China presentó⁵⁴⁵ estadísticas oficiales extraídas de su Censo Económico, que incluían cifras referentes a los ingresos anuales medios de empresas pertenecientes a diversos sectores de su actividad. El concepto de ingresos anuales parecía susceptible de comparación con el “volumen de las actividades comerciales ilegales” definido en la Interpretación Judicial No 19 [2004].

El GE observó⁵⁴⁶ que se trataba de estadísticas muy agregadas y que no se referían a productos determinados, en función de cada uno de los cuales el criterio de “escala comercial” variaría necesariamente. Las estadísticas relativas a las unidades familiares de actividad individual dedicadas al comercio minorista no abordaban la cuestión básica de si sus ventas al detalle eran o no típicas o usuales en China. En consecuencia, el GE no consideró que esta prueba bastara para formarse una idea acerca de si los umbrales del volumen de las actividades comerciales ilegales captaban o no la totalidad de la falsificación de marcas de fábrica y de comercio o la piratería lesiva del DA a escala comercial en China.

- Otros artículos de prensa. Los EUA presentaron artículos de prensa⁵⁴⁷ respecto del cálculo de determinados umbrales.⁵⁴⁸ El GE los

⁵⁴⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.624.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, párr. 7.625 y párr. 7.626.

⁵⁴⁷ Tienen títulos como los siguientes: *Fake Pens Write Their Own Ticket*; “*Chasing copycats in a tiger economy*”; “*Hollywood takes on fake Chinese DVDs*”; “*Film not out yet on DVD? You can find it in China*” e “*Inside China’s teeming world of fake goods*”. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.627.

⁵⁴⁸ La mayoría de los artículos periodísticos eran publicados en medios de difusión estadounidenses u otros medios extranjeros en idioma inglés. No pretendían ser fuentes de información fehacientes sobre los precios y los mercados de China. Cuatro artículos habían sido tomados de fuentes chinas (1 de agencia Xinhua y 3 del periódico *China Daily*). Dos de ellos estaban citados para demostrar la existencia de ciertos productos en China; en otro se incluía una vaga declaración de “conocedores del mercado” no identificados sobre la forma en que

examinó⁵⁴⁹ y observó que ninguno de ellos tenía corroboración. Aunque las publicaciones eran prestigiosas, la mayoría de los artículos eran breves y se los citaba en relación con declaraciones de carácter general o informaciones casuales. Estaban formulados en su mayoría en tono anecdótico, y algunos repetían observaciones superficiales sobre el precio de productos falsos, declaraciones anónimas o especulaciones.

El GE destacó la falta de datos pertinentes contenidos en los artículos. La credibilidad y el peso de esas pruebas eran fundamentales y de importancia decisiva para su labor. Por estas razones el GE no asignó ningún peso a estos artículos y constató que, si lo hiciera, la información contenida en ellos, era inadecuada para demostrar lo que era *típico* o *usual* en China a los efectos de la obligación impuesta. Al GE no le correspondía buscar en las pruebas datos que los EUA no usaron para apoyar sus argumentos y se remitió al informe del Órgano de Apelación del caso *EUA-Juegos de azar* para sustentar su argumento:

Una acreditación *prima facie* de las alegaciones tiene que basarse en ‘pruebas y argumentos jurídicos’ aportados por la parte reclamante con respecto a *cada uno* de los elementos de la reclamación. La parte reclamante no puede limitarse a presentar pruebas y esperar que el GE extraiga de ellas el fundamento de una incompatibilidad con el régimen de la OMC. Tampoco puede limitarse a invocar hechos sin relacionarlos con su argumentación jurídica.

Por lo anterior, el GE constató que los EUA no habían acreditado *prima facie* sus argumentos respecto de la primera vertiente de su alegación correspondiente a la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁵⁵⁰

Respecto de la segunda vertiente. “Otros indicios: pruebas materiales”. Los EUA alegaron que los umbrales de *valor* y *volumen* de China se vinculaban con “productos acabados” y, por consiguiente, desconocían *otros indicios de operaciones a escala comercial*, como: la presencia de productos no acabados y embalajes falsos. Su premisa afirmaba que los umbrales penales sólo se

actuaban habitualmente los editores ilegales; y en el otro se citaba a un “entendido” para indicar los precios máximos y mínimos de un conjunto de productos piratas y auténticos. Otra presunta “noticia reciente” no se atribuía a fuente alguna. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.627 y párr. 7.628.

⁵⁴⁹ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.628.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, párr. 7.629 al párr. 7.632.

centraban en los umbrales de actividades comerciales, copias y beneficios, que sólo se alcanzaban contando *productos acabados*, pero no relacionaron suficientemente su aseveración con las medidas en litigio.⁵⁵¹

Los EUA impugnaron los umbrales penales del Código Penal, “en particular” los que tipificaban delitos relativos a la infracción de DPI, así como sus respectivas interpretaciones judiciales, pero no se refirieron adecuadamente a ninguna otra disposición del Código Penal, como las disposiciones generales, que pudieron influir en las cuestiones referentes a la prueba. Los EUA debieron explicar el funcionamiento de los umbrales establecidos en la totalidad del Código Penal para apoyar su afirmación y no eludir la carga de la prueba en este sentido. La totalidad del Código Penal era pertinente. Al no tener en cuenta la totalidad dejaron que la parte demandada afirmara su pertinencia.⁵⁵²

La obligación que correspondía a China en virtud de la primera frase del art. 61 era establecer procedimientos y sanciones penales. Esa obligación era indiferente acerca de los medios que China previera para aplicar esos procedimientos y sanciones, ya fuera contemplando exclusivamente los delitos mismos o, en ciertos casos, la responsabilidad secundaria.⁵⁵³

Los EUA, en apoyo de su preocupación respecto de las pruebas materiales, citaron datos obtenidos por *Nintendo of America* que indicaban que algunas confiscaciones de productos infractores incluían componentes, embalajes y materiales e instrumentos, pero los datos *no* indicaban si China tenía o no procedimientos y sanciones penales aplicables en los casos en que las autoridades encontraran este tipo de productos. Se examinaron casos penales y China presentó sentencias respecto de esos casos.⁵⁵⁴

Caso 1. Un tribunal chino tuvo en cuenta productos infractores tanto acabados como no acabados al evaluar el delito previsto en el art. 213 del Código Penal (Ver Anexo No. 1), pero no era claro si la interpretación de los umbrales (Interpretación Judicial No 19 [2004]) fue o no el motivo por el cual las autoridades que actuaron en los otros dos asuntos no tuvieron en cuenta (supuestamente) los productos no acabados.

Los EUA adujeron⁵⁵⁵ que el tribunal debió haber tomado en consideración productos no acabados, así como materiales e instrumentos que no eran realmente productos infractores. Habida cuenta de que el tribunal

⁵⁵¹ *Ibidem*, párr. 7.633 y párr. 7.634.

⁵⁵² *Ibidem*, párr. 7.635 al 7.637.

⁵⁵³ *Ibidem*, párr. 7.638.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, párr. 7.639, párr. 7.640 y párr. 7.641.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, párr. 7.642.

tuvo en cuenta todos los productos infractores de marcas de fábrica o de comercio, y no solamente los productos acabados, no quedó claro si los EUA consideraron, por qué, la posesión de artículos no infractores debió haber bastado para la condena por un delito contra la PI.

Caso 2. Sentencia que, a juicio de China, demostraba que un tribunal tuvo en cuenta componentes no acabados en su evaluación de un delito previsto en el art. 213, se tomó en consideración máquinas y balanzas como prueba de que los componentes se iban a usar para producir artículos falsificados.⁵⁵⁶

Los EUA descartaron⁵⁵⁷ esta sentencia aduciendo que el razonamiento era confuso y que el caso era “anómalo” y señalaron que otra sentencia judicial presentada por China indicaba que un tribunal no había tomado en consideración productos semi acabados, embalajes e instrumentos.

China sostuvo⁵⁵⁸ que los delitos no consumados de preparación y tentativa de un delito, se aplicaban a todos los delitos previstos en la segunda parte del Código Penal (general), incluidos los relativos a la infracción de DPI y adujo que estos delitos no consumados permitían a los tribunales tener en cuenta los artículos no vendidos, con respecto a los delitos de venta, y los productos no acabados, con respecto a los delitos de producción.

El GE recordó⁵⁵⁹ que sus constataciones anteriores fueron confirmadas por estas sentencias que indicaban que los tribunales habían aplicado las disposiciones generales del art. 22 o las del art. 23 del Código Penal, o las de ambas, a diversos delitos relativos a la infracción de DPI.

Los EUA sostuvieron⁵⁶⁰ que los aa. 22 y 23 del Código Penal no se aplicaban a las pruebas de delitos consumados, como los “moldes usados” para la fabricación de productos piratas o marcas falsificadas, u otros materiales e instrumentos de tal operación.

China respondió que sus autoridades tomaron en cuenta los materiales e instrumentos confiscados y otros indicios dignos de crédito al determinar las infracciones penales, y consideraban prueba pertinente a un “molde usado” que demostrase con razonable certidumbre que con él o ellos se hubiera producido un número de artículos suficiente para superar el umbral penal.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, párr. 7.643.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, párr. 7.644.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, párr. 7.436, párr. 7.437 y párr. 7.645.

⁵⁵⁹ Uno de los tribunales se basó en el art. 23 para condenar al infractor a una pena menor, porque que éste no había acabado la producción en el momento de su detención. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.646.

⁵⁶⁰ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.647.

El GE observó que el valor de los componentes se incluyó en la evaluación del volumen de las actividades comerciales ilegales. Los instrumentos, aunque pertinentes, no sustituían a los umbrales.⁵⁶¹

El GE consideró que la alegación de los EUA acerca de las pruebas materiales se refería a las pruebas suficientes para promover un enjuiciamiento penal, pero el art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, no se refería a las pruebas ya que su primera frase trataba de los actos de infracción respecto de los cuales debían aplicarse las normas mínimas. Las pruebas, incluso en los procedimientos penales, se mencionaron en el párr. 3 del art. 41, pero esa disposición no se relacionó con la alegación aquí tratada. Por todas las razones expuestas, el GE no consideró que los EUA hubieran acreditado *prima facie* sus argumentos respecto de otros indicios de infracción, como las pruebas materiales, incluidos los componentes de productos, los embalajes y los materiales o instrumentos.⁵⁶²

Otros indicios: efectos en el mercado comercial. Los EUA alegaron que los umbrales de China se referían a artículos acabados y, en consecuencia, desconocían otros indicios de operaciones a escala comercial, como los efectos que tenía la piratería o la falsificación en el mercado comercial y en los titulares de derechos.⁵⁶³

Los EUA plantearon una preocupación relacionada con los progresos de Internet y la tecnología digital que podían hacer posible que la piratería y falsificación comercial causaran graves perjuicios en el mercado, por ejemplo, los HDVD (discos de vídeo digitales de alta definición), que podían contener hasta 10 episodios de una serie de televisión o varias películas. El GE observó que los EUA no fundaron esta afirmación, que no había pruebas en el expediente que indicaran que los umbrales se hubieran aplicado alguna vez a los HDVD, por lo que este ejemplo era especulativo.⁵⁶⁴

El GE destacó:⁵⁶⁵

- La constatación de la interpretación de la frase “a escala comercial” que, interpretada en su contexto, se refería a la “falsificación

⁵⁶¹ *Ibidem*, párr. 7.648 y párr. 7.649.

⁵⁶² *Ibidem*, párr. 7.650 al párr. 7.652.

⁵⁶³ *Ibidem*, párr. 7.653.

⁵⁶⁴ El argumento parecía basarse en la premisa de que la determinación de si la falsificación de marcas de fábrica o de comercio o la piratería lesiva del DA se realizaba o no “a escala comercial” debía tener en cuenta los efectos de la piratería o la falsificación para los titulares de derechos. DS362. *Informe del GE*, párr. 7.654 y párr. 7.655.

⁵⁶⁵ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.656 y párr. 7.657.

dolosa de marcas de fábrica o de comercio o piratería lesiva del DA”, que eran actos de infracción. El punto de referencia de que una actividad comercial fuera típica o usual era pertinente a los efectos de evaluar si la falsificación o la piratería estaba o no comprendida en el art. 61. Los efectos no formaban parte del acto de infracción ni eran tampoco el punto de referencia de una “escala comercial”.

- Que la palabra “comercial” empleada en la primera frase del art. 61, era neutra desde el punto de vista de la tecnología. La “escala comercial” podía aplicarse a formas diversas de comercio y, por lo tanto, a diferentes medios de infracción. Las formas concretas de comercio no eran estáticas, sino que se adaptaban a formas cambiantes de competencia resultantes del progreso tecnológico y de la evolución de las prácticas de comercialización.
- Que la aplicación de la frase “a escala comercial” podía ajustarse a diferentes situaciones, magnitudes o alcances, grados o proporciones relativas, según los hechos respectivos. Las innovaciones tecnológicas posteriores no alteraban las consideraciones aplicables a la interpretación de los términos empleados en el art. 61.

Por las razones expuestas, el GE no consideró que los EUA hubieran acreditado *prima facie* sus argumentos respecto de los efectos en el mercado comercial.⁵⁶⁶

Factores diversos. Los EUA afirmaron que la amplitud de la expresión “a escala comercial” suponía que debía existir un amplio conjunto de consideraciones demostrativas de una “escala comercial”. Sin embargo, no presentaron argumentos en apoyo de ninguna otra consideración distinta a la ya analizada. El GE recordó que si se alegaba que el método de aplicación de un miembro no establecía procedimientos y sanciones penales para los casos previstos en la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, tal alegación debía ser acreditada con pruebas. Los EUA no establecieron una relación suficiente entre esos factores y las medidas en litigio, ni entre ellos y su alegación, para cumplir la carga de la prueba que les correspondía.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.661.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, párr. 7.663, párr. 7.664 y párr. 7.667.

El GE⁵⁶⁸ constató que los EUA no acreditaron *prima facie* sus argumentos respecto de la segunda vertiente de su alegación al amparo de la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Conclusión respecto de la alegación al amparo de la primera frase del art. 61. El GE llegó a la conclusión de que los EUA no demostraron que los umbrales penales fueran incompatibles con las obligaciones que correspondían a China en virtud de la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁵⁶⁹

Alegación al amparo de la segunda frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los EUA ya habían alegado⁵⁷⁰ que como las medidas penales de China no se ajustaban a la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, en consecuencia, eran incompatibles con segunda frase de ese artículo. A su juicio, China no podía hacer que los recursos necesarios estuvieran “disponibles” ni que fueran suficientemente disuasorios de la piratería y la falsificación.

China respondió⁵⁷¹ que la obligación establecida en la segunda frase del art. 61 era complementaria de la obligación de la primera frase de ese artículo y dependía de ella. La obligación de la segunda frase sólo se activaba en el caso de que un miembro estuviera obligado por la primera frase a establecer procedimientos y sanciones penales.

Examen por el GE. El GE observó⁵⁷² que los EUA habían condicionado esta alegación al resultado de sus alegaciones al amparo de la primera frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, por lo que realizar formulación de otras constataciones en esta legación no contribuiría a una solución positiva de la DS. Por consiguiente, fue innecesario pronunciarse respecto de esta alegación.

Alegación al amparo del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los EUA alegaron⁵⁷³ que China no había establecido los procedimientos y sanciones que exigían las frases primera y segunda del art. 61, tal como se disponía en el párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC y China le respondió⁵⁷⁴ que no le habían demostrado que hubiera infringido las obligaciones que le correspondían con arreglo al art. 61 y por consiguiente que infringiera las obligaciones que le imponía el párr. 1 del art. 41.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, párr. 7.668.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, párr. 7.669.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, párr. 7.670.

⁵⁷¹ *Ibidem*, párr. 7.671.

⁵⁷² *Ibidem*, párr. 7.675.

⁵⁷³ *Ibidem*, párr. 7.676.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, párr. 7.677.

Examen por el GE. El GE observó⁵⁷⁵ que esta alegación dependía del resultado de las alegaciones referentes a las medidas penales previstas en el art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. La formulación de otras constataciones relativas a esta alegación hecha al amparo del párr. 1 del art. 41 del Acuerdo sobre los ADPIC no contribuiría a una solución positiva. Por consiguiente, fue innecesario que el GE se pronunciara al respecto.

Conclusiones del GE respecto de los umbrales penales:⁵⁷⁶

- Concluyó que los actos de infracción de las marcas de fábrica o de comercio y del DA que no alcanzaban *todos* los umbrales aplicables no estaban sujetos a procedimientos y sanciones penales.
- Interpretó que el art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC era la *norma mínima internacionalmente acordada*. Su primera frase *imponía una obligación* consistente en que los miembros establecieran procedimientos y sanciones penales, a actos de falsificación *dolosa* de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del DA a *escala comercial*.

La primera frase del art. 61 *no exigía u obligaba a China* y a ningún miembro establecer procedimientos y sanciones penales para la falsificación de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del DA, que infringieran derechos de los particulares a menos que se cumplieran las dos calificativas: “dolo” y “escala comercial”. Interpretó que “escala comercial” era la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual, con respecto a un producto determinado en un mercado determinado que podía ser pequeño o grande, como punto de referencia para valorar la obligación contenida en la primera frase del art. 61.

- Constató que los EUA no acreditaron *prima facie* sus argumentos. No demostraron que los umbrales penales fueran incompatibles con las obligaciones que correspondían a China en virtud de la primera frase del art. 61. Aplicó el principio de economía procesal respecto de las alegaciones hechas al amparo del párr. 1 del art. 4 y de la segunda frase del art. 61 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, párr. 7.680.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, párr. 7.479, párr. 7.512, párr. 7.524 al párr. 7.527, párr. 7.545, párr. 7.577, párr. 7.632, párr. 7.669, párr. 7.681 y párr. 7.682.

El GE explicó que, en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presumía que la medida constituía un caso de anulación o menoscabo. China no refutó esa presunción. Concluyó que la LDA y las medidas aduaneras, eran en sí mismas incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC, en consecuencia, anulaban o menoscaban ventas resultantes de ese Acuerdo para los EUA. Recomendó, que China pusiera estas medidas en conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.⁵⁷⁷

La función del GE estaba limitada al examen de si esos supuestos efectos, sobre la base de una evaluación objetiva de los hechos presentados por las partes, eran incompatibles con las disposiciones específicas del Acuerdo sobre los ADPIC.⁵⁷⁸ El 20 de marzo de 2009, el Órgano de Apelación adoptó el Informe del GE⁵⁷⁹ fecha en la que China informó mediante carta de fecha 15 de abril de 2009,⁵⁸⁰ a este órgano su propósito de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD y de las posibles formas de hacerlo.⁵⁸¹ El plazo prudencial acordado entre las partes para aplicar las recomendaciones y resoluciones fue de 12 meses contados a partir de la adopción del informe. El plazo expiró el 20 de marzo de 2010.⁵⁸²

El 7 de enero de 2010 China informó al OSD que se habían presentado al Consejo de Estado las propuestas legislativas respecto a la modificación

⁵⁷⁷ Con arreglo al párr. 8 del art. 3 y al párr. 1 del art. 19 del ESD y con arreglo del ESD. DS362. *Informe del GE*, párr. 8.3 y párr. 8.4.

⁵⁷⁸ DS362. *Informe del GE*, párr. 8.5.

⁵⁷⁹ DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Informe del GE. Actuación del Órgano de Solución de Diferencias*. Docs. WT/DS362/10 y IP/D/26/Add.1, del 27 de marzo de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁸⁰ DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Comunicación de China y los EUA relativa al párr. 3 c) del art. 21 del ESD*. Doc. WT/DS362/12, del 12 de mayo de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁸¹ De conformidad con el apdo. b) del párr. 3 del art. 21 del ESD. DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Comunicación de China*. Doc. WT/DS362/11, del 15 de abril de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁸² DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Comunicación de China y los EUA relativa al párr. 3 b) del art. 21 del ESD*. Doc. WT/DS362/13, del 3 de julio de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

de la LDA y de su Reglamento sobre Protección en Aduana de los DPI.⁵⁸³ El 26 de febrero de 2010, en la 13ª Reunión del Comité Permanente del Undécimo CNP de China, se adoptó una Decisión para la modificación de la LDA. Respecto al Reglamento, las propuestas legislativas para su modificación se presentaron en esa misma fecha.⁵⁸⁴

En razón de que el plazo expiró para la aplicación plena de las recomendaciones, el 8 de abril de 2010, China y los EUA informaron al OSD un acuerdo respecto de un procedimiento para la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, o en su caso la aplicación de la compensación o suspensión de concesiones del ESD, en el marco de los aa. 21 y 22 del ESD.⁵⁸⁵

⁵⁸³ De conformidad con el párr. 6 del art. 21 del ESD. DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Informe de situación presentado por China*. Doc. WT/DS362/14, del 8 de enero de 2010. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁸⁴ DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Informe de situación presentado por China. Addendum*. Doc. WT/DS362/14/Add.2, del 9 de marzo de 2010. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁸⁵ DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Entendimiento entre China y los EUA con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD*. Doc. WT/DS362/15, del 13 de abril de 2010. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

QUINTA PARTE

CASOS RESUELTOS MEDIANTE MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO

En este apartado se presentan a manera de introducción dos casos resueltos a través de un Memorándum de Entendimiento. Los siguientes se presentarán en los tomos que le seguirán a este libro.

CASO: DS309. CHINA-IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO APLICABLE A LOS CIRCUITOS INTEGRADOS

El 18 de marzo de 2004, los EUA solicitaron la celebración de consultas con China, con respecto al impuesto chino sobre el valor añadido (IVA) que se aplicaba a los circuitos integrados. China previa un IVA del 17% sobre los circuitos integrados.⁵⁸⁶

En China las empresas tenían derecho a un reembolso parcial del IVA sobre los circuitos integrados producidos por ellas, (circuitos integrados de diseño nacional que, debido a limitaciones tecnológicas, se fabrican fuera de China), lo que tenía como resultado un tipo del IVA inferior sobre sus productos, es decir, China gravaba los circuitos integrados importados con impuestos más elevados que los aplicados a los circuitos integrados nacionales y con ello otorgaba un trato menos favorable a los circuitos integrados importados.

China concedía un trato más favorable a las importaciones de un miembro que a las procedentes de otro. Discriminaba los servicios y proveedores

⁵⁸⁶ DS309. *China-Impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados. Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos*. Docs. WT/DS309/1 G/L/675 S/L/160, del 23 de marzo de 2004. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds309/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds309/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

de servicios de otros miembros. El impuesto preferencial se aplicaba mediante las siguientes medidas:

- Aviso del Consejo de Estado sobre la publicación de determinadas políticas relativas al desarrollo de la rama de producción del soporte lógico y la rama de producción del circuito integrado. Doc. 18 (24/06/2000).
- Aviso del Ministerio de Hacienda, la Administración Estatal de Impuestos (AEI) y la AGA sobre cuestiones pertinentes de política fiscal relativas al fomento del desarrollo de la rama de producción del soporte lógico y la rama de producción del circuito integrado. Doc. 25 (22/09/2000).
- Aviso del Ministerio de la Industria de la Información sobre la publicación de reglamentos relativos a la certificación de las empresas de diseño de circuitos integrados y de los productos de circuitos integrados. Doc. 86 (07/03/2002).
- Aviso del Ministerio de Hacienda y la AEI sobre el reforzamiento de las políticas fiscales para fomentar el desarrollo de la rama de producción del soporte lógico y la rama de producción del circuito integrado. Doc. 70 (10/10/2002).
- Aviso del Ministerio de Hacienda y la AEI sobre las políticas fiscales relativas a las importaciones de los productos de circuitos integrados de diseño nacional y fabricación extranjera. Doc. 140 (25/10/2002).
- Aviso de la AEI sobre la publicación del catálogo de productos de circuitos integrados que se benefician de un impuesto preferencial (primera serie). Doc. 1384 (23/12/2003). Así como cualquier modificación, medida conexas u otras medidas de aplicación.

Los EUA consideraron que estas medidas eran incompatibles con las obligaciones que correspondían a China en virtud de los aa. I y III del GATT de 1994, el Protocolo de Adhesión de China y el art. XVII del AGCS.

Los Gobiernos de China y los EUA dirigieron una comunicación de fecha 14 de julio de 2004, mediante la cual notificaron al Presidente del OSD que habían llegado a un acuerdo con respecto a la cuestión planteada por los EUA. El acuerdo se denominó: “Memorándum de entendimiento entre China y los Estados Unidos con respecto al impuesto chino sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados” como resultado de la

celebración de consultas constructivas del 27 de abril de 2004 en Ginebra y reuniones bilaterales en Washington y Beijing.⁵⁸⁷

En el memorándum se acordó que:

- Para el 1º de noviembre de 2004 China modificaría las medidas descritas en la solicitud de celebración de consultas presentada, con el fin de eliminar la posibilidad que tenían las empresas que producían circuitos integrados en China de que se les reembolsara el IVA sobre sus ventas nacionales. Las modificaciones entrarían en vigor no más tarde del 1º de abril de 2005.
- Hasta la fecha en que surtan efecto esas modificaciones sólo se reembolsaría el IVA a las empresas de circuitos integrados certificadas con arreglo a las medidas, con respecto a productos certificados de ese modo al 14 de julio de 2004.
- A más tardar el 1º de septiembre de 2004 China publicaría un aviso para revocar la medida enunciada en la solicitud de celebración de consultas que previa el reembolso del IVA sobre los circuitos integrados diseñados en China, pero fabricados en el extranjero. La revocación surtiría efecto a más tardar el 1º de octubre de 2004.

Finalmente, el 6 de octubre de 2005, China y los EUA notificaron al OSD que estuvieron de acuerdo en que las cláusulas del Memorándum de entendimiento se aplicaron de forma satisfactoria y sobre la base de estas circunstancias, China y los EUA acordaron que se había llegado a una solución mutuamente satisfactoria.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ DS309. *China-Impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados. Comunicación conjunta de China y los Estados Unidos, y Memorándum de entendimiento entre China y los Estados Unidos con respecto al impuesto chino sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados.* Docs. WT/DS309/7, G/L/675/Add.1 y S/L/160/Add.1, del 16 de julio de 2004. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds309/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds309/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁸⁸ DS309. *China-impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados. Notificación de la solución mutuamente convenida.* Docs. WT/DS309/8, G/L/675/Add.2 y S/L/160/Add.2, del 6 de octubre de 2005. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds309/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds309/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

CASOS: DS358 Y DS359. CHINA-DETERMINADAS MEDIDAS POR LAS QUE SE CONCEDEN DEVOLUCIONES, REDUCCIONES O EXENCIONES DE IMPUESTOS Y DE OTROS PAGOS

Los EUA solicitaron celebración de consultas con China el 2 de febrero de 2007⁵⁸⁹ y consultas adicionales el 27 de abril de 2007. Posteriormente el 26 de febrero de 2007,⁵⁹⁰ lo hizo México con consultas adicionales el 4 de mayo de 2007, con respecto a determinadas medidas a través de las cuales China concedía a empresas en China (empresas constituidas en la RPC) devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos, que en otro caso el Gobierno percibiría de las empresas en China, en otras palabras, que ordinariamente pagarían al gobierno chino, supeditadas a la condición que dichas empresas compraran productos nacionales con preferencia a los importados, o que cumplieran determinados criterios relativos a los resultados de exportación.

Los EUA y México argumentaron en las consultas complementarias que las medidas otorgaban a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales “similares”. En específico, México argumentó que las medidas incluían un trato preferencial a las empresas con IE y empresas extranjeras establecidas en zonas económicas en el territorio de China⁵⁹¹ en la medida en que otorgaban devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos u otro tipo de contribuciones financieras a las empresas ubicadas en dichas zonas en forma incompatible con las disposiciones de la OMC⁵⁹² (en virtud del Memorándum de Entendimiento

⁵⁸⁹ DS358. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de consultas presentada por los EUA.* Docs. WT/DS358/1, G/L/813, G/SCM/D74/1, y G/TRIMS/D/25, del 02 de febrero de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds358/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds358/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁵⁹⁰ DS359. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de consultas presentada por México.* Docs. WT/DS359/1 G/L/814 G/SCM/D75/1 G/TRIMS/D/26, del 28 de febrero de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#), de conformidad con los aa. 1 y 4 del ESD, el párr. 1 del art. XXII del GATT de 1994, los aa. 4 y 30 del Acuerdo SMC, y el art. 8 del Acuerdo sobre las MIC.

⁵⁹¹ Vrg., en ZEE, Zonas Económicas y Tecnológicas (ZET), Zonas Costeras Económicas Abiertas (ZCE) y en la ZEE de Hainan.

⁵⁹² DS359. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de nuevas consultas presentada por México Addendum.* Docs. WT/DS359/1/Add.1, G/L/814/Add.1 G/SCM/D75/1/Add.1 G/TRIMS/D/26/

México cesó en la impugnación de este último tema). Las medidas que se ofrecieron como pruebas fueron los siguientes instrumentos jurídicos:

- Circular de la AEI por la que se promulga la Medida provisional para la administración de las devoluciones fiscales a las empresas con IE por sus compras de equipos nacionales, emitida el 20/09/1999 “GuoShuiFa [1999] N° 171”.
- Circular de la AEI por la que se promulgan las medidas relativas a la bonificación fiscal del impuesto de sociedades sobre las inversiones de las empresas con IE y de las empresas extranjeras mediante la compra de equipos nacionales del 18/05/2000 “GuoShuiFa [2000] N° 90”.
- Circular del PBOC, la Administración Estatal de Divisas, el MOF-TEC y la AEI por la que se promulgan las Normas detalladas sobre las recompensas y sanciones con arreglo al reglamento provisional sobre la fiscalización de los ingresos de exportación en divisas (aa. 3 y 6).
- Circular del Consejo de Estado relativa al ajuste de la política impositiva aplicable a los equipos importados, emitida el 29/12/1997 “GuoFa [1997] N° 37”.
- Circular del Ministerio de Hacienda y de la AEI relativa a la bonificación fiscal del impuesto de sociedades por los equipos nacionales adquiridos por empresas con IE y por empresas extranjeras del 14/01/2000 “CaiShuZi [2000] N° 49”.
- Circular por la que se promulgan las medidas provisionales relativas a la reducción y exención del impuesto de sociedades por las inversiones en equipos nacionales con fines de renovación tecnológica, emitida por el Ministerio de Hacienda y la AEI del 08/12/1999 “CaiShuiZi [1999] N° 290”.
- Disposiciones del Consejo de Estado relativas al fomento de las IE, del 11/10/1986 (aa. 3, 8, 9, 10 y 18) “GuoFa [1986] N° 95”.
- Guía para las industrias con IE (aa. 8 y 9, y secc. XIII) “Orden N° 24”.
- Ley del ISR de las empresas con IE y empresas extranjeras de China del 09/04/1991 (aa. 2, 5, 6, 7, 8 y 10) “Orden N° 45”.
- Reglamento de aplicación de la Ley del ISR de las empresas con IE y empresas extranjeras de China emitido por el Consejo de

Add.1, del 02 de mayo de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#).

Estado el 30/06/1991 (párr. 6 del art. 73, secc. 7 y 8 del párr. 1 del art. 75 y art. 81) “Decreto N° 85”.

- Ley de la RPC del ISR de las empresas (Partes IV y VIII) del 16 de marzo de 2007, en adelante “Orden [2007] No 63” (esta prueba se agregó en la solicitud de consultas complementaria).

El 20 de marzo de 2007, China, EUA⁵⁹³ y México⁵⁹⁴ celebraron consultas. Mediante la información obtenida en esas consultas, y su confirmación en un examen posterior, los EUA y México informaron que China había derogado un programa de subvenciones basado en el desembolso de préstamos a tipos rebajados (tasas reducidas) identificado en la solicitud inicial de celebración de consultas con el título: “Circular del PBOC, la Administración Estatal de Divisas, el MOFTEC y la AEI por la que se promulgan las Normas detalladas sobre las recompensas y sanciones con arreglo al reglamento provisional sobre la fiscalización de los ingresos de exportación en divisas”. Esta circular ya no apareció en la nueva solicitud de consultas (*adendum*) de los EUA y México.

Los EUA y México expresaron que China había adoptado en ese tiempo una nueva ley del ISR, denominada: Ley de la RPC del ISR de las empresas (Partes IV y VIII) del 16 de marzo de 2007 (en adelante Orden [2007] No 63) además de la Orden N° 45. Esta nueva Ley se agregó como prueba en la nueva solicitud de consultas complementaria de ambos países.

Según los EUA y México, las medidas parecían ser incompatibles o no estar en conformidad con las obligaciones que correspondían a China en virtud del: Acuerdo SMC (art. 3), GATT de 1994 (párr. 4 del art. III), Acuerdo sobre las MIC (art. 2), Protocolo de Adhesión (Parte I, párrs. 2 y 3 de la secc. 7, párr. 3 de la secc. 10 y el párr. 2 de la secc. I) en la medida en que incorporaba los párrs. 167 y 203 del Informe de Adhesión de China, que forma parte de las

⁵⁹³ DS358. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de nuevas consultas presentada por los Estados Unidos Addendum.* Docs. WT/DS358/1/Add.1, G/L/813/Add.1, G/SCM/D74/1/Add.1, G/TRIMS/D/25/Add.1, del 2 de mayo de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds358/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds358/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#).

⁵⁹⁴ DS359. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de nuevas consultas presentada por México Addendum.* Docs. WT/DS359/1/Add.1, G/L/814/Add.1 G/SCM/D75/1/Add.1 G/TRIMS/D/26/Add.1, del 02 de mayo de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#).

condiciones de adhesión acordadas entre China y la OMC, parte integrante del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.

Las DS fueron resueltas en la modalidad de solución mutuamente convenida o desistimiento el 19 de diciembre de 2007, a través de un Memorandum de Entendimiento, como a continuación se explica:

Como resultado de las consultas entre China, los EUA⁵⁹⁵ y México⁵⁹⁶ en Ginebra el 20 de marzo y el 22 de junio de 2007, acordaron respecto de las preferencias fiscales establecidas en las circulares, CaiShuZi [2000] N° 49, GuoShuiFa [2000] N° 90 y CaiShuiZi [1999] N° 290, su derogación mediante otros instrumentos jurídicos de por lo menos la misma jerarquía jurídica, con este acto las preferencias fiscales ya no serían reestablecidas.⁵⁹⁷

Respecto del GuoFa [1986] N° 95 (aa. 8, 9 y 10) y la Orden N° 45, China confirmó que la Orden [2007] No 63⁵⁹⁸ derogaba a la Orden N° 45 (art. 7), y al Decreto N° 85⁵⁹⁹ con su abolición, los aa. 8, 9 y 10 de la GuoFa [1986] N° 95 dejarían de tener validez, en consecuencia, las preferencias fiscales establecidas en estas disposiciones ya no serán reestablecidas.

En relación a la Guía de fomento a industrias con IE dentro de la Orden N° 24 y la GuoFa [1997] N° 37, China explicó que, de conformidad con su desarrollo económico y social, su Guía revisada el 31 de octubre de 2007 entraría en vigor el 1° de diciembre de 2007, por lo que confirmó que la secc. XIII de la Guía para el fomento no sería reestablecida.

⁵⁹⁵ Hecho en Ginebra, el 29 de noviembre de 2007, en dos ejemplares en los idiomas inglés y chino respectivamente, siendo cada uno de los textos igualmente auténtico. DS358. *Memorandum de entendimiento entre los Estados Unidos de América y la República Popular China con respecto a determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos o de otros pagos*. Doc. WT/DS358/14, del 4 de enero de 2008. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds358/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds358/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#).

⁵⁹⁶ Hecho en Ginebra, el 29 de noviembre de 2007 en dos copias en idiomas chino, español e inglés, siendo cada una igualmente auténticas. DS359. *Memorandum de Entendimiento entre la República Popular China y los Estados Unidos Mexicanos relativo a determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos*. Doc. WT/DS359/14, del 13 de febrero de 2008. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#).

⁵⁹⁷ Los instrumentos legales serían emitidos por las autoridades competentes a más tardar el 31/12/2007, para entrar en vigor a más tardar el 1° de enero de 2008.

⁵⁹⁸ Promulgada el 16 de marzo de 2007, en vigor a partir del 1° de enero de 2008.

⁵⁹⁹ Los derogaría a través de la emisión de instrumentos legales a más tardar el 1° de enero de 2008, entrando en vigor en esa misma fecha.

Respecto de la nueva Orden [2007] No 63 (aa. 25, 28, 31 y 57), China explicó que dichas disposiciones no estipulaban el ofrecimiento de ninguna preferencia en el cobro del ISR, supeditada al uso de bienes nacionales en lugar de bienes importados o supeditada a los resultados de exportación, no obstante su art. 57, autorizaba la continuación de ciertas preferencias relativas al ISR a partir del 1º de enero de 2008, pero ello no permitiría la continuación de las preferencias en el ISR ya derogadas *supra*. Estas limitaciones serían hechas de manera explícita conforme a medidas legales que entrarían en vigor a más tardar el 1º de enero de 2008.

Respecto de la compatibilidad de la exención otorgada a favor de ciertas empresas con IE en la realización de pagos al Estado por concepto de cuotas laborales, previstas en el art. 3 de las GuoFa [1986] N° 95, China explicó que el art. 11 de las GuoFa [1980] N° 199⁶⁰⁰ requería que estas empresas realizaran dichos pagos al Estado, pero ese requisito había sido eliminado mediante la Orden [2001] N° 319,⁶⁰¹ y que la exención prevista en las GuoFa [1986] N° 95 ya no se aplicaba. La disposición ya no podría servir de fundamento legal en el futuro para exentar a estas empresas en la realización de pagos requeridos a China.

Respecto de la compatibilidad de las devoluciones del IVA, previstas por la GuoShuiFa [1999] N° 171, y modificada por la GuoShuiFa [2006] N° 111.⁶⁰² China señaló que dichas circulares no creaban una preferencia, ya sea sobre una base de *jure* o de facto, para el uso de productos locales sobre los importados en relación con compras de equipos producidos localmente, lo anterior, en vista de lo previsto por la GuoFa [1997] N° 37, en materia de compras de equipo importado. China confirmó que se aseguraría de que los equipos importados recibirían un tratamiento sobre el IVA en términos y condiciones no menos favorables que los aplicados a los equipos producidos localmente.

China y México acordaron comunicarse respecto de la implementación de las acciones *supra*, con la entrega de los instrumentos legales que derogarían las disposiciones citadas, sin perjuicio de sus derechos y obligaciones derivados del Acuerdo sobre la OMC.

⁶⁰⁰ Disposiciones del Consejo de Estado sobre administración laboral en empresas sino-extranjeras con inversión conjunta, GuoFa [1980] No 199 (26/07/1980).

⁶⁰¹ Decisión del Consejo de Estado sobre la derogación de ciertas regulaciones administrativas promulgadas antes del final de 2000, Orden [2001] N° 319 (06/10/2001).

⁶⁰² Circular de la AEI y de la Comisión de Desarrollo Nacional y Reforma por la que se promulgan las medidas provisionales para la administración de las devoluciones fiscales por la compra de equipo producido localmente en proyectos de IE, emitida el 24/07/2006.

ANEXOS⁶⁰³

ANEXO NO. 1

El art. 213 del Código Penal dice:

Quienquiera que utilice una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca de fábrica o de comercio registrada de otra persona para la misma clase de mercancías, sin la autorización del titular de la referida marca registrada, será condenado, si *las circunstancias son graves*, a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa; si las circunstancias son especialmente graves, el reo será condenado a una pena de prisión no inferior a tres años y no superior a siete años y, simultáneamente, al pago de una multa. (Sin cursivas en el original)

El art. 1 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] interpreta la frase *las circunstancias son graves*, que figura en el art. 213 del Código Penal, y dice:

Quienquiera que utilice una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca de fábrica o de comercio registrada de otra persona para la misma clase de mercancías, sin la autorización del titular de la referida marca registrada, será condenado a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal por el delito de falsificación de marcas de fábrica o de comercio registradas y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa, en cualquiera de las circunstancias siguientes, que se considerarán las “circunstancias graves” previstas en el artículo 213 del Código Penal:

- 1) un *volumen de las actividades comerciales ilegales* no inferior a 50.000 yuan o una *cuantía de las ganancias ilegales* no inferior a 30.000 yuan;
- 2) en caso de falsificación de dos o más marcas de fábrica o de comercio registradas, un *volumen de las actividades comerciales ilegales* no inferior a 30.000 yuan o una *cuantía de las ganancias ilegales* no inferior a 20.000 yuan;
- 3) otras circunstancias graves (sin cursivas en el original).

⁶⁰³ DS362. *Informe del GE*, párr. 7.399 al párr. 7.414.

El párr. 1) del art. 12 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] define la expresión *volumen de las actividades comerciales ilegales* y dice lo siguiente:

En la presente Interpretación, se entiende por ‘volumen de las actividades comerciales ilegales’ el valor de los productos infractores fabricados, almacenados, transportados o vendidos durante la comisión del acto infractor de derechos de propiedad intelectual. El valor de los productos infractores vendidos se calculará al precio de venta efectivo. El valor de los productos infractores fabricados, almacenados, transportados y no vendidos se calculará al precio que figure en la etiqueta o al precio de venta medio efectivo de los productos infractores que haya sido verificado. Si en la etiqueta no figura el precio de los productos infractores o no es posible verificar el precio de venta efectivo, el precio de los productos infractores se calculará al precio de mercado medio de los productos que han sido objeto de infracción.

El art. 17 de la Interpretación Judicial No 30 [1998] define la expresión *cuantía de las ganancias ilegales* y dice lo siguiente: “En la presente Interpretación, se entiende por ‘cuantía de las ganancias ilegales’ la cuantía de los beneficios obtenidos”.

ANEXO NO. 2

El art. 214 del Código Penal dice:

Quienquiera que venda mercancías, a sabiendas de que esas mercancías llevan apuestas marcas de fábrica o de comercio registradas falsificadas, será condenado, si *la cuantía* de las ventas *es relativamente grande*, a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa; si la cuantía de las ventas es enorme, el reo será condenado a una pena de prisión no inferior a tres años y no superior a siete años y, simultáneamente, al pago de una multa. (Sin cursivas en el original)

El art. 2 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] interpreta la frase *la cuantía es relativamente grande*, que figura en el artículo 214 del Código Penal, y dice:

Quienquiera que venda mercancías, a sabiendas de que esas mercancías llevan apuestas marcas de fábrica o de comercio registradas falsificadas, será condenado a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal por el delito de venta de mercancías que llevan apuestas marcas de fábrica o de comercio registradas falsificadas y, simultánea o exclusivamente, al pago

de una multa, cuando la cuantía de las ventas no sea inferior a 50.000 yuan, lo que se considerará la ‘cuantía relativamente grande’ prevista en el artículo 214 del Código Penal.

ANEXO NO. 3

El art. 215 del Código Penal dice:

Quienquiera que falsifique o fabrique, sin estar autorizado para ello, representaciones de marcas de fábrica o de comercio registradas ajenas, o venda representaciones de marcas de fábrica o de comercio registradas ajenas que se hayan falsificado o fabricado sin autorización, será condenado, si *las circunstancias son graves*, a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal o vigilancia pública y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa; si las circunstancias son especialmente graves, el reo será condenado a una pena de prisión no inferior a tres años y no superior a siete años y, simultáneamente, al pago de una multa. (Sin cursivas en el original)

El art. 3 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] interpreta la frase *las circunstancias son graves*, que figura en el art. 215 del Código Penal, y dice:

Quienquiera que falsifique o fabrique, sin estar autorizado para ello, representaciones de marcas de fábrica o de comercio registradas ajenas, o venda dichas representaciones, será condenado a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal o vigilancia pública por el delito de producción ilegal de representaciones de marcas de fábrica o de comercio registradas, o de venta de representaciones fabricadas ilegalmente, y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa, en cualquiera de las circunstancias siguientes, que se considerarán las ‘circunstancias graves’ previstas en el artículo 215 del Código Penal:

- 1) la falsificación o fabricación, sin estar autorizado para ello, de representaciones de marcas de fábrica o de comercio registradas, o la venta de dichas representaciones, cuando la cantidad no sea inferior a 20.000 piezas o el *volumen de las actividades comerciales ilegales* no sea inferior a 50.000 yuan, o cuando la *cuantía de las ganancias ilegales* no sea inferior a 30.000 yuan;
- 2) la falsificación o fabricación, sin estar autorizado para ello, de dos o más tipos de representaciones de marcas de fábrica o de comercio registradas, o la venta de dichas representaciones, cuando la cantidad no sea inferior a 10.000

piezas o el *volumen de las actividades comerciales ilegales* no sea inferior a 30.000 yuan, o cuando la *cuantía de las ganancias ilegales* no sea inferior a 20.000 yuan;

3) otras circunstancias graves (sin cursivas en el original).

El párr. 3) del art. 12 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] define el término *pieza* y dice lo siguiente: “En el marco del artículo 3 de la presente Interpretación, se entiende por ‘pieza’ (件) una representación con toda la estructura de la marca de fábrica o de comercio.”

ANEXO NO. 4

El art. 217 del Código Penal dice:

Quienquiera que, con el propósito de obtener beneficios, cometa cualquiera de los actos infractores del derecho de autor que se indican a continuación será condenado, si la *cuantía de las ganancias ilegales es relativamente grande* o *hay otras circunstancias graves*, a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa; si la cuantía de las ganancias ilegales es enorme o hay otras circunstancias especialmente graves, el reo será condenado a una pena de prisión no inferior a tres años y no superior a siete años y, simultáneamente, al pago de una multa:

- 1) la reproducción [/] distribución, sin la autorización del titular del derecho de autor, de sus obras escritas, musicales, cinematográficas, televisivas o en vídeo, de sus programas de ordenador o de otras obras;
- 2) la publicación de un libro cuyo derecho exclusivo de publicación corresponde a otra persona;
- 3) la reproducción [/] distribución de grabaciones de audio [/] vídeo realizadas por otra persona, sin autorización de ésta;
- 4) la realización, venta de una obra de arte que lleve apuesta la firma falsificada de otra persona.” (Sin cursivas en el original)

El art. 5 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] interpreta las expresiones *la cuantía de las ganancias ilegales es relativamente grande* y *hay otras circunstancias graves*, que figuran en el art. 217 del Código Penal, y dice:

Quienquiera que, con el propósito de obtener beneficios, cometa cualquiera de los actos infractores del derecho de autor previstos en el artículo 217 del

Código Penal será condenado, si la *cuantía de las ganancias ilegales* no es inferior a 30.000 yuan, lo que se considerará la ‘cuantía de las ganancias ilegales relativamente grande’, a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal por el delito de infracción del derecho de autor y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa, en cualquiera de las circunstancias siguientes, que se considerarán ‘otras circunstancias graves’:

- 1) un volumen de las actividades comerciales ilegales no inferior a 50.000 yuan;
- 2) la reproducción [/] distribución, sin la autorización del titular del derecho de autor, de sus obras escritas, musicales, cinematográficas, televisivas o en vídeo, de sus programas de ordenador o de otras obras de no menos de 1.000 张 (份) en total;
- 3) otras circunstancias graves (sin cursivas en el original).

El art. 1 de la Interpretación Judicial No 6 [2007] reinterpreta la expresión *hay otras circunstancias graves*, que figura en el art. 217 del Código Penal, y dice:

Quienquiera que, con el propósito de obtener beneficios, reproduzca [/] distribuya, sin la autorización del titular del derecho de autor, sus obras escritas, musicales, cinematográficas, televisivas o en vídeo, sus programas de ordenador y otras obras de no menos de 500 张 (份) en total, [el delito] se considerará como ‘otras circunstancias graves’ previstas en el artículo 217 del Código Penal [...].

La cifra de “500” que figura en esta disposición está en contradicción con la cifra de “1000” que figura en la Interpretación Judicial anterior. Por consiguiente, prevalece la cifra de “500”, en virtud del art. 7 de la Interpretación Judicial No 6 [2007], que dice lo siguiente: “Cuando una interpretación judicial promulgada anteriormente esté en contradicción con la presente Interpretación, prevalecerá la presente Interpretación”.

ANEXO NO. 5

El art. 218 del Código Penal dice:

Quienquiera que, con el propósito de obtener beneficios, venda reproducciones infractoras, a sabiendas de que se trata de reproducciones infractoras tipificadas en el artículo 217 del presente Código será condenado, si *la cuantía de las ganancias ilegales es enorme*, a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa (sin cursivas en el original).

El art. 6 de la Interpretación Judicial No 19 [2004] interpreta la expresión *la cuantía de las ganancias ilegales es enorme*, que figura en el art. 218 del Código Penal, y dice:

Quienquiera que, con el propósito de obtener beneficios, cometa cualquiera de los actos tipificados en el artículo 218 del Código Penal, será condenado a una pena de prisión no superior a tres años o de detención penal por el delito de venta de reproducciones infractoras y, simultánea o exclusivamente, al pago de una multa, cuando la cuantía de las ganancias ilegales no sea inferior a 100.000 yuan, en cuyo caso se considerará que ‘la cuantía de las ganancias ilegales es enorme’.

REFERENCIAS

- DAVIDE FARAH, Paolo. “La perspectiva china del derecho internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional. Sección FORO*, Vol. 70/1, enero-junio 2018, Madrid, pp. 228. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/content_type:4/china/WW/vid/706444805.
- DS339. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas*. Docs. WT/DS339/1, G/L/770, G/TRIMS/D/22 y G/SCM/D67/1, del 3 de abril de 2006. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS340. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos*. Docs. WT/DS340/1, G/L/771, G/TRIMS/D/23 y G/SCM/D68/1, del 3 de abril de 2006. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds340/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds340/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS342. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Solicitud de celebración de consultas presentada por el Canadá*. Docs. WT/DS342/1, G/L/774, G/TRIMS/D/24, G/RO/D/5 y G/SCM/D70/1, del 19 de abril de 2006. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds342/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds342/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS339, DS340 y DS342. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Informes del Grupo Especial*. Docs. WT/DS339/R, WT/DS340/R y WT/DS342/R, del 18 de julio de 2008, p. 1. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds339/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds339/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS339, DS340 y DS342. *China-medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles. Informes del Órgano de Apelación*. Docs. WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R y WT/DS342/AB/R, del 15 de diciembre de 2008, párr. 12 y párr. 13. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/

- FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds339/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChange
d=true#.*
- DS362. China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. *Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos*. Docs. WT/DS362/1, IP/D/26 y G/L/819, del 16 de abril de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/1\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/1)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *Solicitud de Consultas*, párr. III y DS362. China-Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. *Informe del Grupo Especial*. Doc. WT/DS362/R, del 26 de enero de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Informe del GE. Actuación del Órgano de Solución de Diferencias*. Docs. WT/DS362/10 y IP/D/26/Add.1, del 27 de marzo de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Comunicación de China y los EUA relativa al párr. 3 c) del art. 21 del ESD*. Doc. WT/DS362/12, del 12 de mayo de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Comunicación de China*. Doc. WT/DS362/11, del 15 de abril de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Comunicación de China y los EUA relativa al párr. 3 b) del art. 21 del ESD*. Doc. WT/DS362/13, del 3 de julio de 2009. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Informe de situación presentado por China*. Doc. WT/DS362/14, del 8 de enero de 2010. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@,Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@,Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Informe de situación presentado por China. Addendum.* Doc. WT/DS362/14/Add.2, del 9 de marzo de 2010. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS362. *China-Derechos de propiedad intelectual. Entendimiento entre China y los EUA con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD.* Doc. WT/DS362/15, del 13 de abril de 2010. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS309. *China-Impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados. Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos.* Docs. WT/DS309/1 G/L/675 S/L/160, del 23 de marzo de 2004. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds309/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds309/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS309. *China-Impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados. Comunicación conjunta de China y los Estados Unidos, y Memorandum de entendimiento entre China y los Estados Unidos con respecto al impuesto chino sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados.* Docs. WT/DS309/7, G/L/675/Add.1 y S/L/160/Add.1, del 16 de julio de 2004. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds309/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds309/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS309. *China-impuesto sobre el valor añadido aplicable a los circuitos integrados. Notificación de la solución mutuamente convenida.* Docs. WT/DS309/8, G/L/675/Add.2 y S/L/160/Add.2, del 6 de octubre de 2005. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds309/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds309/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS358. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de consultas presentada por los EUA.* Docs. WT/DS358/1, G/L/813, G/SCM/D74/1, y G/TRIMS/D/25, del 02 de febrero de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds358/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds358/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS359. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de consultas*

- presentada por México*. Docs. WT/DS359/1 G/L/814 G/SCM/D75/1 G/TRIMS/D/26, del 28 de febrero de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS359. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de nuevas consultas presentada por México Addendum*. Docs. WT/DS359/1/Add.1, G/L/814/Add.1 G/SCM/D75/1/Add.1 G/TRIMS/D/26/Add.1, del 02 de mayo de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS358. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de nuevas consultas presentada por los Estados Unidos Addendum*. Docs. WT/DS358/1/Add.1, G/L/813/Add.1, G/SCM/D74/1/Add.1, G/TRIMS/D/25/Add.1, del 2 de mayo de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds358/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds358/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS359. *China-Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Solicitud de celebración de nuevas consultas presentada por México Addendum*. Docs. WT/DS359/1/Add.1, G/L/814/Add.1 G/SCM/D75/1/Add.1 G/TRIMS/D/26/Add.1, del 02 de mayo de 2007. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS358. *Memorandum de entendimiento entre los Estados Unidos de América y la República Popular China con respecto a determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos o de otros pagos*. Doc. WT/DS358/14, del 4 de enero de 2008. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds358/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds358/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).
- DS359. *Memorandum de Entendimiento entre la República Popular China y los Estados Unidos Mexicanos relativo a determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos*. Doc. WT/DS359/14, del 13 de febrero de 2008. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds359/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds359/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

- GATT. *Acta de Reunión celebrada en el Centro William Rappard el 4 de marzo de 1987*, pp. 9-13. Doc. C/M/207, del 30 de marzo de 1987. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/C/M207.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev. 1, del 25 de febrero de 1988. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R1.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.2, del 26 de abril de 1988. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R2.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.3, del 18 de abril de 1989. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R3.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.4, del 20 de septiembre de 1990. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R4.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.5, del 25 de septiembre de 1990. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R5.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.6, del 13 de febrero de 1992. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R6.PDF>
- GATT. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China Como Parte Contratante*. Doc. L/6191/Rev.7 16, del 16 de marzo de 1994. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191R7.PDF>
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. y PÉREZ BERNÁRDEZ, Carmela. “La OMC: Cuestiones institucionales”. En Roldán Barbero, Javier. *Derecho Internacional Económico*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 88. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/*/OMC/WW/vid/652687245.
- MONTOBBIO, Manuel. “Tianxia, teoría de las relaciones internacionales y ascenso global de China”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/1, enero-junio 2018. Madrid, pp. 239. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/*/China/WW/vid/706444809.
- OMC. *Adhesiones. China*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.
- OMC. *Comunicación de China y Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China*. Doc. WT/ACC/CHN/1, del 7 de diciembre de 1995. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.
- OMC. *Concluyen con éxito en la OMC las negociaciones para la adhesión de China*. Comunicados de prensa 2001. PRESS/243, del 17 de septiembre de 2001. https://www.wto.org/spanish/news_s/pres01_s/pr243_s.htm.

- OMC. *Cronología del proceso de adhesión de China*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.
- OMC. *Diferencias por miembro*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm.
- OMC. *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm En adelante ESD.
- OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. República Popular China*, párr. 17. Doc. WT/TPR/S/161, del 28 de febrero de 2006. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/tp262_s.htm.
- OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. Estados Unidos*. Doc. WT/TPR/S/382, del 12 de noviembre de 2018, párr. 1, párr. 1.1, párr. 6, párr. 8, párr. 10, párr. 11 y párr. 27. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s382_s.pdf.
- OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. Unión Europea*. Doc. WT/TPR/S/357, del 17 de mayo de 2017, párr. 1, párr. 2, párr. 3 y párr. 19. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s357_s.pdf.
- OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. Canadá*. Doc. WT/TPR/S/389, del 17 de abril de 2019, párr. 1.1, párr. 1.4, párr. 1.5, párr. 1, párr. 2, párr. 3, párr. 5 y párr. 6. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s389_s.pdf.
- OMC. *Examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría. China*. Doc. WT/TPR/S/375, del 06 de junio de 2018, párr. 1 al párr. 3, párr. 6 al párr. 10, párr. 14, párr. 16 al párr. 18, párr. 22 al párr. 24, párr. 26, párr. 29 al párr. 31, párr. 33 y párr. 35. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s375_s.pdf.
- OMC. *Exámenes de las políticas comerciales*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/tp_rep_s.htm#bycountry.
- OMC. *Grupo de Trabajo del Estatuto de China como Parte Contratante*. Doc. L/6191, del 19 de junio de 1987. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6191.PDF>
- OMC. *Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China*. Doc. WT/ACC/CHN/2, del 2 de abril de 1996. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm.
- OMC. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la adhesión de China*, pp. 1-3. Doc. WT/ACC/CHN/49, del 1º de octubre de 2001. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm En adelante “Informe de Adhesión”.

- OMC. *La condición de china como parte contratante. Comunicación de la República Popular de China*, párr. 2. Doc. L/6017, del 14 de julio de 1986. <https://docs.wto.org/gattdocs/s/GG/L6199/6017.PDF>
- OMC. *Protocolo de Adhesión de la República Popular de China. Parte I. Disposiciones generales*. párr. 1 y párr. 2. Doc. WT/L/432, del 23 de noviembre de 2001. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/a1_chine_s.htm En adelante “Protocolo de Adhesión”.
- OMC. *Textos jurídicos de la OMC*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm.
- OMC. *Una contribución excepcional*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm.
- OROPEZA GARCÍA, Arturo (coord.), *Introducción, México China. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, IIJ-UNAM, 2008, p.19*.
- PEÑA GONZÁLEZ, María Alejandra. *China: el camino hacia la restauración capitalista. III. Simposio Electrónico Internacional sobre Política China. Del 1 al 21 de marzo de 2013. ASIARED. Barcelona. 01 de febrero de 2013*. <http://www.asiared.com/es/downloads2/maria-alejandra-pena.pdf>.
- S.N.A. *Derecho internacional público, IIJ-UNAM*, p. 68. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3262/9.pdf>.
- TORROJA, Helena y PELEGRÍN, Àngels. “Capítulo introductorio ¿qué lugar ocupa China en el actual tablero (político) internacional?”, pp. 8 y 9. http://www.proxydgb.buap.mx:2196/#WW/search/*/china/p9/WW/vid/664355441.
- WOODS, Alan. *La revolución china de 1949*. Centro de Estudios Socialistas. Creado por CENTROMARX, el 5 de abril de 2011, párr. 97. <https://centromarx.org/index.php/documentos/historia/china/102-la-revolucion-china-de-1949>.

ACERCA DE LOS AUTORES



BLANCA YAQUELÍN ZENTENO TREJO. Doctora en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP) y profesora en la misma Universidad. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores con la distinción nivel 1, perfil PROMEP. Es autora del libro *La Compraventa Electrónica Internacional de Mercaderías* y coautora del libro *Lineamientos para la investigación jurídica, elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional*. Ha coordinado y publicado varios libros y artículos en el área del derecho económico e internacional público y privado. Ha sido ponente y conferencista en diversos congresos nacionales e internacionales.



ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ. Doctor en Derecho y maestro en Derecho constitucional y amparo por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), así como licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana (UV). Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores con la distinción nivel 1. Es autor del libro *El contrato llave en mano* y coautor del libro *Lineamientos para la investigación jurídica, elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional*. Ha coordinado y publicado varios libros y artículos en el área del derecho internacional público y privado. Ha sido ponente y conferencista a nivel nacional e internacional.