UNIVERSIDAD DE CHILE
INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

Restricciones a las Exportaciones de REE impuestas por China en el marco de la OMC

Estudio de Caso para optar al Título de Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial

Alumno: Karem Vásquez F.
Profesor Guía: Álvaro Espinoza
Profesor Informante: Tania García-Millán

Santiago de Chile
Julio de 2014

Nec Spe, Nec Metu.

RESUMEN

Esta investigación tiene por objetivo analizar la consistencia de las restricciones a las exportaciones de los Elementos Raros de la Tierra (REE) con las obligaciones impuestas por el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, en relación con las excepciones generales de los apartados b) y g) del Artículo XX GATT. Todo ello en el marco de la OMC.

Para ello se realiza una descripción general de los REE, el rol de China como productor mundial, el desequilibrio entre la demanda y oferta mundial por los RE y las consecuencias de su extracción y procesamiento.

A continuación se analizan las restricciones a la exportación de REE impuestas por China, indicando la relación entre la constante modificación de éstas políticas industriales y los siguientes dos elementos: el desarrollo de las disputas ante el OSD y las consecuencias, tanto medioambientales como de desequilibrio de mercado, que China ha debido enfrentar. También se indican normas OMC en la materia y el importante rol que juega la jurisprudencia del OSD.

Luego se analiza la disputa *China-REE* ante el OSD. Al respecto se destaca la decisión del Grupo Especial respecto a la relación del Protocolo de Adhesión de China y los Acuerdos OMC, en contraste con la opinión minoritaria de uno de los panelistas.

Por último se analizaron las partes del Protocolo de Adhesión de China referentes a las restricción a las exportaciones de REE, las obligaciones OMC+ que implican y su relación con los demás Acuerdos OMC, concluyéndose la falta de claridad al respecto por parte de la normativa OMC.

Finalmente se concluye la inconsistencia de las restricciones a la exportación de REE con las obligaciones impuestas por el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, en relación con las excepciones de los apartados b) y g) del Artículo XX GATT.

Palabras Claves: REE- Restricciones a la exportación- Protocolo de Adhesión de China- OMC- apartados b) y g) artículo XX GATT

ABSTRACT

This research aims to analyze the consistency of the Rare Earth Elements (REE) export restrictions with their obligations under China's WTO Accession Protocol, in relation to the general exceptions of paragraphs b) and g) of Article XX GATT. All within the framework of the WTO.

For this we start with an overview of the REE, the role of China as a global producer, the imbalance between global demand and supply for REE and the consequences of its extraction and processing.

Next is the analysis of the REE export restrictions imposed by China, indicating the relationship between the constant modification of these industrial policies and the following two elements: the development of disputes before the DSB and the environmental and market imbalance consequences that China has faced. WTO rules in this area and the important role played by the precedents of the DSB are also indicated.

Later the China-REE dispute before the DSB is analyzed. In this regard the decision of the Panel is highlighted with respect to the relationship of China's Accession Protocol and the WTO agreements, in contrast to the minority opinion of one of the panelists

Finally parts of the Protocol of Accession of China concerning REE export restrictions were analyzed, the WTO plus obligations involved and their relationship to other WTO agreements, concluding the lack of clarity of the WTO rules in this subject.

This work ends concluding the inconsistency of the REE export restrictions with the obligations imposed by China's Accession Protocol to the WTO, in relation to the exceptions in paragraphs b) and g) of Article XX GATT.

Key Words: REE- Export restrictions- China's Accession Protocol- WTO- paragraphs b) and g) of Article XX GATT.

CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivos……9

1.2. Pregunta de Investigación……9

1.3. Hipótesis de Investigación……9

1.4. Diseño Metodológico……9

2. LA DINAMICA DE LOS REE

2.1. ¿Que son los REE? ……11

2.2. El rol de China como productor mundial……12

2.3. Consecuencias de su extracción y procesamiento……15

3. RESTRICCIONES A LA EXPORTACIÓN

3.1. Reseña de la política industrial de China en relación a los REE……18

3.2. Modificación de los instrumentos de restricción usados por China……19

3.3. Comentarios a la regulación OMC y del Protocolo de Adhesión en la materia……22

4. REPORTE DEL GRUPO ESPECIAL *CHINA-REE*

4.1. Descripción de los hechos que llevaron a esta disputa……26

4.2. Solicitudes de las partes……28

4.3. Principales constataciones del Grupo Especial……29

a) Derechos de Exportación……29

b) Opinión minoritaria de panelista……32

c) Contingentes de Exportación……34

d) Derecho a tener actividades comerciales……35

e) Comentarios a las conclusiones del Grupo Especial ……36

4.4. Actuaciones posteriores de las partes ……37

4.5. Jurisprudencia OA acerca de la interpretación del art XX GATT 1994……38

5. El PROTOCOLO DE ADHESIÓN DE CHINA A LA OMC

5.1. Descripción del proceso de negociaciones……42

5.2. Problemas y desafíos que presentan las obligaciones OMC+……43

5.3. Análisis del Anexo VI del Protocolo en relación con las políticas chinas……45

5.4. Análisis de la interpretación del OSD al párrafo 2 sección 1 del Protocolo……46

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

1.- INTRODUCCION

El siguiente estudio de caso representa a grandes rasgos las dificultades que deben encarar los países en el acceso a las materias primas necesarias para la producción global, en un entorno que bien explica este tipo de medidas tomadas por países como China: dificultad de obtención, necesidad de procesamiento previo, altos costos de inversión, yacimientos actualmente escasos y una demanda tanto domestica como nacional que va en aumento.

Para algunos las restricciones mencionadas hacen surgir interrogantes acerca del rol de china en el sistema multilateral de comercio y las implicancias de los acuerdos adquiridos al adherirse a la Organización Mundial de Comercio (OMC) en sus políticas domesticas y de comercio (KARAPINAR, 2013). Otros describen a China como un país que abusa de su poder de mercado e infringe acuerdos comerciales (MORRISON y TANG, 2012). Estas posiciones reflejan las preocupaciones que están emergiendo en el contexto mundial, en especial por parte de países desarrollados consumidores de materias primas, por asegurar la estabilidad de fuentes de suministro en el futuro (WÜBBEKE, 2011), tanto desde un punto de vista comercial como desde la importancia estratégica de algunos de ellos, como es el caso de los elementos raros de la tierra (HUMPRHIES, 2012). Es por ello que los países y compañías multinacionales que requieren de los elementos mencionados están buscando nuevas formas de asegurar un suministro estable y suficiente a corto y largo plazo (IAMGOLD CORPORATION, 2012).

Por todo lo anterior es que en el sistema multilateral de comercio los países desarrollados han comenzado a hacer patente la importancia de asegurar la exportación de estos elementos de acuerdo a los principios de la OMC, en especial cuando no tienen substitutos o alternativas competitivas que se hayan descubierto o desarrollado en la actualidad, el largo tiempo e inversión que requiere el desarrollo minero y la falta de producción y capacidad de refinamiento fuera de China. Todo ello

refuerza la relación de poder-dependencia entre China y el resto del mundo (HUMPHRIES, 2012).

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC ha sido la instancia particular en la cual los países desarrollados mas afectados por estas medidas han indicado la inadecuación de estas restricciones a los compromisos y fines de los acuerdos OMC asumidos por China al momento de su ingreso como miembro en 2001. Pero al igual que otros miembros recientes, a China se le exigió durante las negociaciones para su ingreso como miembro el aceptar ciertos compromisos mas estrictos (compromisos u obligaciones OMC+) que según la mayoría de los autores tienen como consecuencia una limitación a sus alternativas de negociación futura (KARAPINAR, 2010), la cual varia según el nivel y amplitud del compromiso en especifico. China por ejemplo, una de las concesiones que tuvo que realizar para convertirse en un miembro de la OMC fue limitar sus aranceles de exportación y ajustarlos a los principios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio de la OMC (GATT)

Por ello no debería extrañar las tensiones que surgen en el marco del sistema multilateral de comercio entre países en desarrollo que hace unos años negociaron su acceso como miembros a la OMC y los países miembros desarrollados con interés en asegurar el acceso a materias primas necesarias para su producción doméstica y mercado.

El presente estudio refleja dicha tensión llevada ante el OSD, el cual recientemente publicó un reporte pronunciándose acerca de las alegaciones planteadas por tres países desarrollados en relación a las supuestas infracciones de Acuerdos OMC por parte de China en la aplicación de las restricciones a las exportaciones de los elementos raros de la tierra, las cuales a su vez se enmarcan dentro del ámbito de la soberanía propio de cada país por establecer políticas públicas nacionales (en este caso industriales) que permitan alcanzar los objetivos que los mismos países se fijan. En el caso en estudio como se indicará mas adelante dichos objetivos dicen relación con un desarrollo sustentable, la preservación y cuidado del medioambiente, y de la

vida y salud de las personas. Si bien éstos son los objetivos “oficiales” indicados por China, no son los únicos: el aumento de la demanda tanto internacional como doméstica, la utilización del poder de mercado de éstos elementos por parte de China como un instrumento diplomático/comercial de presión, y las estimaciones de un futuro agotamiento de los yacimientos en actividad son factores a tener presentes, todos enmarcados en la lógica de control de mercado característica de China.

La situación descrita para la OMC representa una de las nuevas problemáticas que el comercio mundial ha tenido que enfrentar, y debido precisamente a que no responden a los asuntos tradicionalmente consultados ante el OSD es que la respuesta del mencionado organismo suele ser deficiente, tanto para reclamantes como para el miembro demandado, en cuanto a plantear una solución adecuada a dichos problemas.

A partir de todas las implicancias mencionadas con respecto a las restricciones a la exportación impuestas por China a los elementos raros de la tierra, parece interesante indicar como han evolucionado dichas políticas de restricción en relación a la entrada de China a la OMC, su relación con las obligaciones y posibles excepciones consagradas en la normativa del mismo organismo y las preocupaciones respecto a la posición monopólica del mencionado país en el mercado mundial de los elementos raros de la tierra que otros miembros de la OMC han indicado ante el OSD. Mas aún teniendo presente la importancia de los elementos raros de la tierra en la producción mundial y su diversidad de aplicaciones en la industria.

Por ello la pregunta de investigación planteada es la siguiente:

¿Son consistentes las restricciones a las exportaciones de elementos raros de la tierra con las obligaciones impuestas por el protocolo de adhesión de China a la OMC, en relación con las excepciones contenidas en los apartados b) y g) del art XX GATT, en el marco de la OMC?

Es así como todos estos temas planteados anteriormente intentarán ser abordados en el presente estudio de caso.

1.1. Objetivos

Analizar aspectos jurídicos relevantes en el marco de la OMC de la medida adoptada por China en las restricciones que impone a la exportación de REE

Analizar los aspectos jurídicos relevantes del Protocolo de Adhesión de China relacionados con las restricciones a las exportaciones de REE

1.2 Pregunta de Investigación

¿Son consistentes las restricciones a las exportaciones de elementos raros de la tierra con las obligaciones impuestas por el protocolo de adhesión de China a la OMC, en relación con las excepciones contenidas en los apartados b) y g) del art XX GATT, en el marco de la OMC?

1.3 Hipótesis de Investigación

El OSD y el Órgano de Apelación (OA), a través de su jurisprudencia, influyen en el desarrollo de las políticas industriales de restricción de exportaciones de China

1.4. Diseño Metodológico

De tipo descriptivo, utilizando un enfoque cualitativos de investigación y de recolección de datos.

En una primera etapa se utilizó un muestreo por conveniencia, ya que se buscó obtener información en el menor tiempo posible a través de fuentes confiables y de

primera mano en relación con el tema del estudio de caso (ej: OMC). En una segunda etapa, se utilizó una revisión “en cadena”, es decir, de las primeras fuentes trabajadas fueron surgiendo otras para recopilar información concerniente al tema de estudio.

La metodología de investigación contempló el análisis de documentos, textos y artículos, en especial los más recientes y disponibles on-line.

De todo el trabajo descrito se elaboraron las reseñas y conclusiones

2.- LA DINÁMICA DE LOS ELEMENTOS RAROS DE LA TIERRA

2.1.- ¿Que son los Elementos Raros de la Tierra?

Los elementos raros de la tierra o “Rare Earth Elements” (REE), contrario a su nombre, es un grupo que se encuentra en abundancia en yacimientos mineros de mediana profundidad. Se conocen más de 200 minerales en los que se pueden encontrar REE, sin embargo son dos los minerales que contienen dichos elementos en una mayor concentración: la monacita y la bastnasita

Debido a su bajo grado de concentración mineral y la complejidad del proceso de separación de estos minerales, su extracción es rentable en contadas locaciones y bajo ciertas circunstancias (GUPTA et al., 2005)

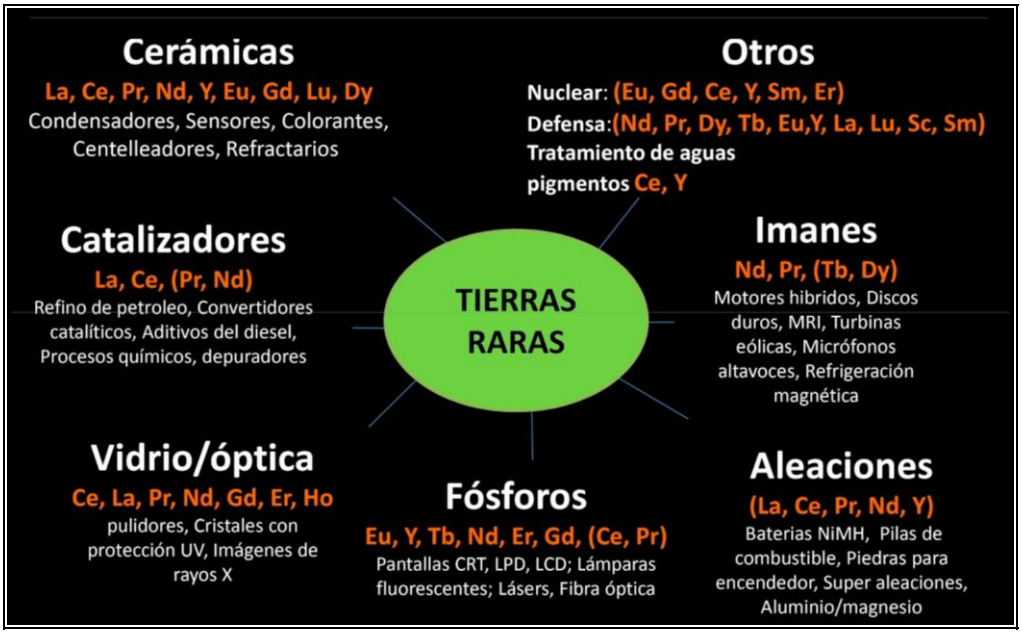
Este grupo está compuesto por 17 elementos químicos de la tabla periódica (correspondiente a los números atómicos del 57 a 71). De estos elementos 15 corresponden al denominado "grupo de lantánidos", compuesto por: lantano, cerio, praseodimio, neodimio, promecio, samario, europio, gadolinio, terbio, disprosio, holmio, erbio, tulio, iterbio y lutecio. A ellos se suman otros dos REE, a saber, escandio (Nº atómico 21) e itrio (Nº atómico 39).

Dichos elementos a su vez suelen identificarse en dos grupos: elementos raros livianos (LREE) y elementos raros pesados (HREE). Una vez extraídos, los minerales de tierras raras pueden transformarse en concentrados, óxidos individuales, mezclas de óxidos, sales y después metales. Los REE pueden alearse con otros elementos, en función del uso final previsto (OMC, 2014).

Su importancia se debe a que son esenciales en la producción mundial de productos de alta tecnología, productos de energía no contaminante y en diversas aplicaciones de defensa (BAILEY GRASSO, 2013). Algunas de estas aplicaciones son: sistemas de municiones de precisión guiadas, aviones, sistemas de combate terrestre, comunicaciones, sistemas de gestión de la información, telémetro y sistema de guiado láser, sistemas de satélite (terrestres y orbitales), gafas de visión nocturna y

lentes ópticos (ESTEP, 2012). En el siguiente diagrama se indica con mayor precisión las aplicaciones de los REE separadas en siete tipos de usos.

Diagrama N° 1: Usos y Aplicaciones de los REE



Fuente: Cámara Minera del Perú (2014)

Los LREE son utilizados en la producción de vidrios y en los procesos de refinería de petróleo, mientras que los HREE son utilizados en la producción de smartphones, pantallas planas y bombillas fluorescentes compactadas, por mencionar algunos. Además los HREE son más atractivos para los inversionistas mineros debido a su mayor valor de mercado y uso estratégico en la producción de misiles de alta tecnología.

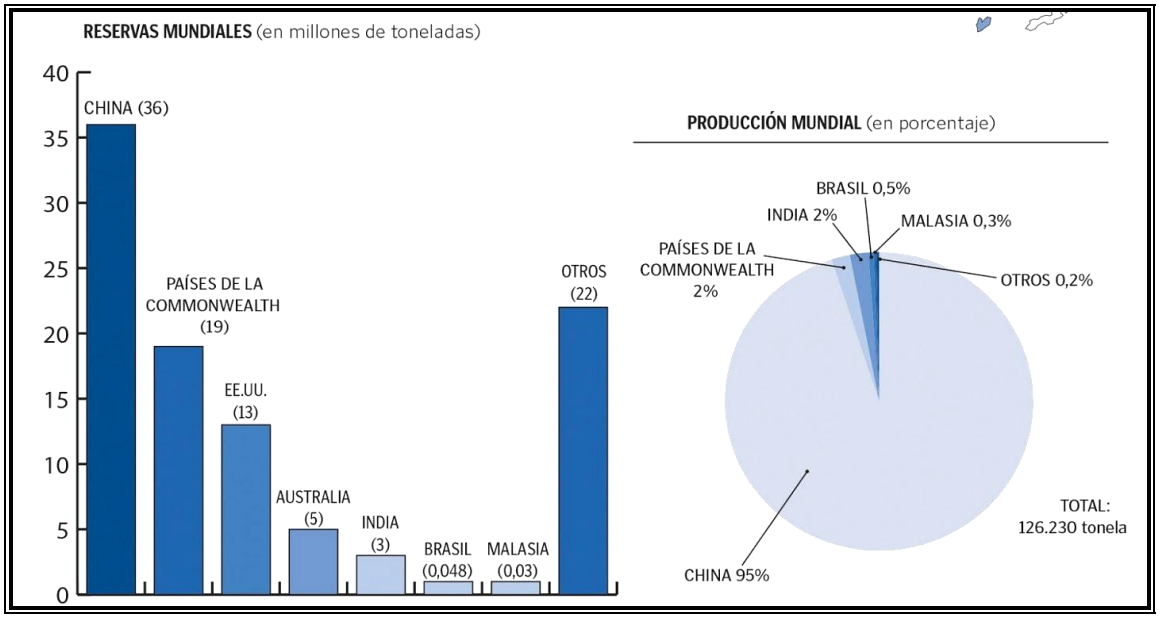
Su alta demanda en todas las áreas descritas se debe a las propiedades especiales que tienen: magnetismo, luminiscencia, fuerza, propiedades fosforescentes y una inusual resistencia a altas temperaturas (TSE, 2011)

2.2- El rol de China como productor mundial

En la actualidad China es el país que más utiliza, produce y procesa estos

elementos. Si bien a nivel doméstico se estima que posee el 30% de las reservas globales descubiertas, China controla entre el 95% y el 97% del mercado mundial de REE (LIU et al, 2012). Sobre la explicación a este fenómeno la posición mayoritaria indica a la combinación de minas operadas activamente de elementos raros con la tecnología necesaria para explotarlas y procesar los elementos como los factores principales (así en TSE, 2011, LIU et al, KINGSNORTH, 2012 entre otros). A ello se debe sumar la falta de un sistema de control de impacto ambiental eficiente, tanto a nivel de reglamentos como de inspección, en comparación con otros países productores y consumidores de REE.

Grafico N° 1: Reservas y Producción Mundial de REE



Fuente: Cámara Minera del Perú (2014)

Sobre la participación de China como exportador en el mercado mundial de REE, esta ha aumentado considerable: de un 27% estimado de participación mundial en 1990 a más de un 90% en 2008. Siguiendo con las cifras, durante los últimos 15 años China ha sido el productor de mas de 80% de los REE en la forma de concentrados, productos intermedios y químicos (TSE, 2011).

Debido a este monopolio chino en el procesamiento de los REE, el cual también implica una importante influencia sobre el precio de mercado del producto,

las cadenas globales de valor son dependientes del suministro chino de estos elementos, lo cual conlleva una creciente demanda que según las estimaciones en unos 15 a 30 años agotaría las reservas descubiertas (Liu et al). Además su extracción y procesamiento son altamente contaminantes, razón que ha sido indicada por China en el contexto de la OMC como uno de los fundamentos de la imposición de restricciones en la exportación de REE, junto con inducir a otros países a desarrollar sus propios procesamientos y substitutos.

Al respecto cabe indicar que la OMC no es la primera instancia en la cual China expresa su preocupación por la futura producción de REE. Desde la década de los noventa el gobierno chino junto con productores nacionales de REE (principalmente a través de la Asociación de la Industria China de Tierras Raras) han realizado estudios y llevado a cabo reuniones periódicas con el fin de encontrar nuevas maneras de controlar la producción de estos materiales y su posterior exportación. Ello debido a las siguientes razones:

a) La dificultad que han enfrentado desde las década de los noventa hasta la fecha los productores de REE en términos de rentabilidad de sus productos.
b) La dificultad que presenta la extracción a gran escala en relación con el producto final y el aumento mundial de la demanda por los REE, lo cual es una de las principales razones que llevaron a China a plantearse la conservación de los recursos minerales como un principio prioritario a nivel de política industrial de los REE.
c) Relacionado con los dos puntos anteriores está la dificultad que representa para los gobiernos provinciales cumplir con las cuotas de producción fijadas por el gobierno central en relación con la producción real de REE, la cual suele sobrepasar las cuotas indicadas. Ello debido a que a nivel provincial los productores de REE son la mayor fuente laboral y de ingreso para la economía local, lo cual junto con el relativo bajo costo de extracción incentiva a producir volúmenes superiores a las cuotas del gobierno central.

Todo lo anterior explica en parte la preocupación y los contantes cambios por los que ha pasado la regulación china concerniente a los REE, lo cual ha afectado negativamente las exportaciones de dicho insumo (WÜBBEKE, 2013). En el año 2010 China tomó la decisión de recortar su cuota de exportación de REE en un 40% aproximadamente, lo cual gatillo serias preocupaciones en los tres mayores importadores de REE: Unión Europea (UE), Japón y Estados Unidos (EEUU), los cuales en marzo de 2012 solicitaron consultas ante el OSD respecto a las restricciones a la exportación de REE impuestas por China (OMC, 2014).

A pesar de todo lo anterior no se debe olvidar los objetivos de política exterior y de control por las cuales China ha tomado medidas como la descrita, que también ayudan a explicar dicho comportamiento. Estos objetivos serán tratados mas adelante

2.3- Consecuencias de su extracción y procesamiento

Todo el proceso de extracción y producción de los REE, a pesar de los avances logrados en los procesos mencionados, sigue siendo al igual que en la década de los noventa altamente contaminante y con un grave impacto ambiental y de salud para quienes se exponen sin cumplir con los procedimientos de seguridad adecuados. Ello debido a que los REE generalmente contienen sustancias radioactivas y el proceso de producción requiere el uso de ácidos altamente tóxicos. Como consecuencia de ambos factores es característico de las zonas en donde se realiza la extracción y producción de REE presentar altos niveles de radiación y contaminación, ya sea en el agua, aire o suelo (WAGNER, 2014)

En China las minas de REE han arrasado con valles completos debido a la extracción de tierra, parte del proceso de extracción de los REE, y el arrojo de miles de galones de acido a las corrientes de ríos y lagos.

En la localidad de Baotou, provincia de Mongolia en China (conocida como

“Inner Mongolia”) se ubica la mina de hierro de donde proviene aproximadamente la mitad de la producción mundial de REE. Luego de remover el hierro, el mineral es procesado en refinerías para extraer los REE. Las refinerías y la planta de procesamiento de hierro descargan los desperdicios que deja el proceso en un lago artificial ubicado también en Baotou, el cual se encuentra cercano a la cuenca del río Amarillo que abastece de agua potable a gran parte del norte de China (BRADSHER, 2010).

Sobre la radioactividad asociada al proceso de extracción y separación de los REE, la mayor parte ella se debe al elemento Torio, el cual no es un REE pero que se encuentra generalmente en el mismo mineral. Con la excepción de la mayoría de los yacimientos que contienen REE identificados en el sur de China, todos los demás yacimientos de REE conocidos en el mundo presentan niveles de torio.

Si bien los yacimientos del sur de China están prácticamente libres de torio y tienen tierras raras que se separan mediante un proceso de menor complejidad, ello ha hecho surgir el fenómeno de minas ilegales, las cuales venden en el mercado negro concentrados de tierras raras.

El complejo de Molycorp en Mountain Pass, California fue por muchos años el principal productor mundial y la única mina de REE de América. La filtración de fluidos radiactivos en el desierto de California a finales de la década de los noventa puso término a su funcionamiento en el año 2002. Para entonces, los bajos precios chinos de REE habían hecho la extracción en la mina menos atractiva económicamente (BRADSHER, 2010).

Si bien Molycorp ha reabierto el complejo en Mountain Pass y se encuentra planificando la reactivación completa de dicho yacimiento, el monopolio chino haría muy difícil la competencia, junto con considerar las consecuencias ya mencionadas de de extraer con el ritmo y en los volúmenes con que lo hace China.

Las consecuencias y efectos indicados son las principales razones señaladas por China desde la mitad de la década del 2000 para comenzar a aplicar mayores restricciones a las exportaciones de REE como una forma de reducir la explotación minera sin afectar el suministro necesario para su industria nacional. Pero ello no sería el único fin de estas restricciones. Autores como Baroncini (2012) indican que otro de los objetivos buscados con estas medidas es el estimulo del consumo de la industria china por REE en desmedro de los consumidores extranjeros.

3.- RESTRICCIONES A LA EXPORTACIÓN

3.1- Reseña de la política industrial de China en relación a los REE

En el año 1990 el Gobierno Central de China declaró a los REE como un grupo de minerales estratégicos y que debían ser protegidos. Desde entonces los inversionistas extranjeros tienen prohibido extraer REE y participar en los procesos de fundición y separación de estos elementos, siendo la excepción si participan en *Joint ventures* con empresas chinas.

Todos los procesos de extracción y fundición de REE requerían de aprobación previa de la Comisión de Desarrollo y Planificación del Estado (SDPC), institución en la cual se encontraba la Oficina de REE. Adicionalmente los proyectos de *joint ventures* chino-extranjeros debían ser aprobados por el Ministerio de Comercio (MOFCOM)

Desde inicios de la década de los noventa el Ministerio de Tierra y Recursos (MLR) es el responsable del desarrollo de los planes de producción de las materias primas estratégicas del país, incluyendo los REE. Dichos planes incluyen cuotas de producción globales como también cuotas para provincias productoras de REE. Los gobiernos provinciales son los responsables de administrar la cuota indicada para su provincia y de asignar cuotas de producción a las empresas mineras locales. Pero como se señaló anteriormente, a pesar de las medidas indicadas los volúmenes de producción de REE (como también ocurre con otros minerales estratégicos) son mayores a las cuotas de producción fijadas por el gobierno central. Adicionalmente, parte importante de la producción de REE que se exporta proviene de la extracción ilegal, la cual utiliza tecnología obsoleta y más contaminante que la minería legal.

En 2008, la Oficina de REE fue transferida al Ministerio de Industria e Información Tecnológica (MIIT), el cual comenzó a emitir una cuota de producción de REE para el país. La cuota del MIIT era mucho más alta que la fijada anteriormente por el MLR, lo cual causó confusión entre los productores. Durante 2008 y 2009, hubo una aparente falta de comunicación entre el MIIT y MLR sobre qué organismo debía asignar las cuotas de REE. Esta confusión llegó a su fin en 2010 cuando ambos organismos establecieron la misma cuota de producción (TSE, 2011)

3.2- Modificación de los instrumentos de restricción usados por China

Si bien desde que en la década de los noventa el Gobierno Central declaró a los REE como un mineral estratégico la modificación de la normativa e instrumentos relacionados con ellos ha sido constante, es desde la segunda mitad de la década del 2000 que las modificaciones aumentan y comienzan a tender hacia objetivos específicos de desarrollo sostenible y cuidado del medioambiente, junto con perseguir otros objetivos “no oficiales” de control de mercado.

Anterior a 2006 el gobierno central especificaba el límite de tonelaje de los productos que las empresas chino-extranjeras podían exportar (ej: sales, óxidos, REE). Sin embargo, hasta junio de 2010, no había ninguna especificación de la forma del producto para los productores y comerciantes nacionales de REE. A partir de julio de 2010, el MOFCOM dejó de emitir cuotas de exportación separados para empresas productoras nacionales y *Joint ventures* chino-extranjeras, como también dejó de existir la especificación por producto para las *Joint ventures*.

Esta última modificación junto con las siguientes que se mencionaran son las más importantes y se aplicaron como consecuencia de la disputa *China-Raw Materials*[1], iniciada en el año 2009. Desde entonces China comenzó a reformular de manera mas agresiva su política de extracción y exportación de los REE.

En la actualidad las cuotas de exportación son otorgadas por las autoridades chinas a las compañías que participan en las diferentes fases del proceso productivo de REE, siempre que cumplan los standards establecidos en la ley. En específico es el MOFCOM el que decide la cantidad y asigna los contingentes de exportación en lotes, bianualmente.

Dicha entidad en septiembre del año 2011 estableció los requisitos específicos que debían cumplir los distribuidores y productores chinos de REE para tener la facultad de exportar las cuotas. Dichos requisitos aluden a objetivos medioambientales y de salud pública principalmente, los cuales se enmarcan en el esfuerzo de las autoridades chinas por sistematizar el marco legal y económico del proceso de producción de REE para que cumplan en general con los objetivos del marco OMC en la materia, y en particular con las excepciones indicadas en el art. XX del GATT.

La medida descrita fue establecida durante la etapa ante el OA de la disputa *China-Raw materials*, luego que China y EEUU apelaran ante el OSD por cuestiones de derecho establecidas en el reporte del Grupo Especial[2].

Luego en el mismo año el Consejo Estatal promulgó "Diversos dictámenes sobre la promoción de un desarrollo sostenido y sano de la industria de REE" (Dictámenes

---

[1] En español "China- Medidas Relativas a la Exportación de Diversas Materias Primas" (DS394). La abreviación DS corresponde a *Dispute Settlement* y el número de la disputa es el indicado entre paréntesis.

[2] A grandes rasgos, el procedimiento ante el OSD se inicia con la solicitud de consultas presentada por el miembro "reclamante" en relación a medidas comerciales aplicadas por otro miembro ("demandado"). Dicha solicitud dice relación con normas del comercio multilateral que han sido incumplidas por el miembro al cual se le solicitan las consultas. Si durante las consultas los miembros no logran llegar a una solución satisfactoria, el reclamante puede solicitar el establecimiento de un Grupo Especial. Si lo hace el OSD debe establecer el grupo especial que examinará la controversia. El trabajo del grupo especial suele concluir con un informe definitivo, en el cual indica sus conclusiones y recomendaciones. Transcurridos 60 días desde su distribución, el OSD adopta el informe (el cual pasa a ser una resolución del OSD). Durante dicho periodo cualquiera de las partes pueden apelar al informe. La apelación debe basarse en cuestiones de derecho y no es posible un nuevo examen de pruebas existentes ni examinar nuevas cuestiones. La apelación es estudiada por integrantes del OA, y puede dar lugar a la confirmación, modificación o revocación de las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial. La duración del procedimiento de apelación no puede exceder de 90 días. Luego el OA emite un informe, el cual el OSD tiene que aceptar o rechazar en un plazo de 30 días (únicamente puede rechazarlo por consenso).

REE 2011), documento que contiene un plan de políticas tendientes a consolidar la industria de tierras raras, frenar la minería ilegal, promover la extracción y producción limpia, participación por parte de los producciones en la restauración ecológica de las zonas de extracción y producción, y la protección del medio ambiente. A continuación el Ministerio de Protección del Medioambiente (MEP) dictó los "Estándares de Emisión 2011", los cuales establecen normas específicas sobre la contaminación atmosférica y del agua para la industria de REE, incluyendo el monitoreo y la supervisión de los productores.

Al año siguiente la Oficina de Información del Consejo Estatal promulgó el Libro Blanco "Situación y las políticas de la industria de tierras raras de China", el cual al igual que "Dictámenes REE 2011" destaca la necesidad de fortalecer aun más la regulación pertinente a los REE y a los diferentes aspectos de su proceso de extracción y producción. Ello con el fin de enfrentar apropiadamente los siguientes dos desafíos: la conservación de los recursos naturales y los problemas que ello implica, y el profundo daño medioambiental que afecta a las provincias en las cuales se desarrollan actividades extractivas y de producción de REE (así en LIU et al., BARONCINI).

También en el 2012 el MLR promulgó las "Medidas para la Inspección de Protección Ambiental de Empresas REE", las cuales establecen un sistema de tres niveles: auto-inspección, inspección local y nacional supervisado por el MEP y dirigido a hacer cumplir los "Estándares de Emisión 2011". Según la nueva regulación aquellas empresas que aprueban la inspección pueden obtener licencias de exportación de REE. De esta forma la certificación ambiental funciona como un incentivo importante para las empresas que producen o desean producir con el objetivo de exportar REE, ya que sólo con las licencias de exportación ello es posible. Las empresas productoras que no aprueban la inspección no pueden iniciar nuevos proyectos o ampliar las operaciones de REE activas

La última medida a destacar tomada en el año 2012 se refiere a las "Condiciones de aplicación y procedimientos de calificación de las cuotas de exportación de REE

2012”. Estas condiciones reafirman la relación entre las cuotas de exportación de REE con la certificación ambiental, esta vez a nivel de distribuidores, los cuales si desean exportar deben demostrar que sus suministros se han originado de productores que cuentan con la certificación ambiental (LIU et al). Así se entiende que las cuotas de exportación forman parte de la estructura de incentivos que limita las exportaciones a fuentes certificadas.

Si bien lo descrito funciona como una recompensa permitiendo a los distribuidores/exportadores certificados buscar mayores ganancias en los mercados internacionales por medio de una certificación medioambiental, no es una obligación. Los productores y distribuidores sin certificación ambiental no pueden ampliar su producción o exportar, pero pueden seguir produciendo y contaminando como ya se ha descrito.

Por último se menciona la gradual implementación por parte del gobierno chino desde el término de *China-Raw materials* de la estrategia *large enterprises and large groups*, la cual consiste en la promoción e imposición gradual de una estructura empresarial basada en grupos grandes con el fin lograr un mayor control y cumplimiento de la nueva legislación de REE (BARONCINI, 2012), junto con contrarrestar la extracción ilegal de REE y las consecuencias medioambientales ya mencionadas.

3.3- Comentarios a la regulación OMC y del Protocolo de Adhesión en la materia

En el marco OMC, la regulación a las limitaciones a la exportación aplicadas por sus Miembros es escasa. El Acuerdo de Agricultura en su artículo 12 y el artículo XI del GATT son las normas que se refieren directamente a las prohibiciones y restricciones a la exportación.

El Artículo 12 del Acuerdo de Agricultura consagra:

..1. Cuando un Miembro establezca una nueva prohibición o restricción a la exportación de productos alimenticios de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994, observará las siguientes disposiciones:

a) el Miembro que establezca la prohibición o restricción a la exportación tomará debidamente en consideración los efectos de esa prohibición o restricción en la seguridad alimentaria de los Miembros importadores;

b) antes de establecer la prohibición o restricción a la exportación, el Miembro que la establezca la notificará por escrito, con la mayor antelación posible, al Comité de Agricultura, al que facilitará al mismo tiempo información sobre aspectos tales como la naturaleza y duración de esa medida, y celebrará consultas, cuando así se solicite, con cualquier otro Miembro que tenga un interés sustancial como importador con respecto a cualquier cuestión relacionada con la medida de que se trate. El Miembro que establezca la prohibición o restricción a la exportación facilitará, cuando así se solicite, la necesaria información a ese otro Miembro.

2. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a ningún país en desarrollo Miembro, a menos que adopte la medida un país en desarrollo Miembro que sea exportador neto del producto alimenticio específico de que se trate.

Por su parte el artículo XI del GATT 1994 referido a la Eliminación General de la Restricciones Cuantitativas, establece en su párrafo 1 lo siguiente:

..Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas

Luego en su numeral 2 prosigue indicando las excepciones bajo las cuales el párrafo 2 no se aplicará.

Sobre la escasa normativa indicada, la mayoría de los autores coinciden en que estas normas tienen un alcance limitado y son muy amplias en su redacción, lo cual permite un amplio rango para la aplicación de estas medidas a nivel doméstico.

Ello ha permito en la práctica a países industriales exportadores como China cierta flexibilidad en relación a las formas o instrumentos mediante los cuales aplica dichas restricciones en su mercado interno (KARAPINAR, 2010). La aplicación de estas restricciones forma parte de las características propias de la política comercial china, y que afecta a variados productos de distintos sectores, todos considerados como estratégicos para el crecimiento económico del país, a los cuales se le aplica una destacada variedad de formas e instrumentos de control y restricción como los indicados anteriormente (cuotas de exportación, impuestos a la exportación, reglamentos del MOFCOM, etc).

La aplicación de estas restricciones a la exportación de REE fue uno de entre varios temas que China tuvo que revisar y modificar para cumplir con las condiciones necesarias de adhesión a la OMC. Las negociaciones para lograr dicha adhesión se extendieron por 15 años aproximadamente, culminando con la firma del Protocolo de Adhesión de China (o Protocolo) a la OMC en el año 2001

Como se indicará mas adelante, la negociación del Protocolo se caracterizó por imponer a China la aceptación de las llamadas obligaciones OMC+: compromisos que la OMC exige a sus miembros adheridos que no son exigidas a los miembros originales y que van más allá de las obligaciones contenidas en los acuerdos OMC (YA QIN, 2014). Dichas obligaciones son parte de las condiciones de adhesión y se establecen en los protocolos de los nuevos miembros. Su alcance y contenido varía según el país. Dichos compromisos suelen restringir las facultades de los nuevos miembros al momento de definir la política comercial a seguir. En el caso en estudio China aceptó dichas obligaciones, algunas de las cuales limitaban de manera importante sus restricciones a la exportación.

A pesar de ello, China ha mantenido la práctica de imponer restricciones a sus exportaciones, la cual, y en relación a lo que se indicó anteriormente, responde a una lógica de “control” del continuo proceso de apertura comercial planificado mediante distintos instrumentos.

El caso que se analizará a continuación parece a primera vista caracterizarse de parte de los demandantes por la necesidad de un mayor acceso a ciertos recursos estratégicos necesarios para el funcionamiento de sus propias industrias. Pero analizando mas profundamente, y en especial por parte del demandado y del Grupo Especial, parece que las razones finales de las medidas tomadas y de la decisión a la cual se llegó en el caso responden a variados factores: obligaciones OMC+, una economía en crecimiento constante a través de los años (ello a pesar de las crisis), una forma de concebir la apertura comercial propia que choca muchas veces con los modelos aplicados en occidente, la preocupación por el impacto medioambiental de los procesos industriales y el futuro problema que representará la escasez de recursos primarios (como los REE)

4.- REPORTE DEL GRUPO ESPECIAL *CHINA-REE*

4.1- Descripción de los hechos que llevaron a esta disputa

Si bien se ha indicado la aplicación de restricciones a la exportación de REE como una política sistematizada desde mediados de la década del 2000, las dificultades que enfrentaban los países consumidores/exportadores de REE aumentaron en el año 2010 debido a dos sucesos específicos.

El primero fue el anuncio del gobierno chino de recortar las exportaciones de REE en un 40%, lo cual provocó que por primera vez la demanda mundial por REE excediera la oferta (GIACALONE et al, 2013).

Luego en septiembre de dicho año China suspendió temporalmente el envío de REE a Japón sin haber declarado formalmente un embargo. Dicha medida fue tomada debido a la detención por parte de las autoridades japonesas del capitán de un barco pesquero chino que chocó con un barco de la guardia costera japonesa cerca de las islas Senkaku en el mar oriental de China (ESTEP, 2012), zona por la cual ambos países mantienen una disputa territorial de larga data. Si bien bajo las reglas OMC al ser una medida oficial de un Miembro que prohíbe la exportación y viola normas OMC, y por lo tanto daba derecho a Japón para presentar consultas ante el OSD, al tratarse de un "cese administrativo" de envíos que en la práctica impedía cargar los barcos japoneses con REE, la carga de la prueba para Japón según las reglas OMC aumentaba (BLAKELY et al., 2012). Ello, junto con el efecto negativo inmediato para la economía japonesa y al periodo de tiempo durante el cual suelen desarrollarse las disputas ante el OSD, explica el porqué Japón no recurrió al órgano mencionado en esta situación. Por otra parte EEUU también se vio afectado indirectamente por la medida ya que los envíos de productos e insumos japoneses de REE a EEUU se vieron retrasados.

La medida descrita fue interpretada por los países consumidores de REE como una nueva herramienta diplomática de presión por parte de China al momento de enfrentar situaciones políticas delicadas para sus intereses nacionales, creando en este

caso incertidumbre acerca de la reglamentación y escenario económico que los consumidores de REE deben enfrentar en sus relaciones con China.

Pero también hay otras posibles explicaciones a las dos medidas mencionadas: el sostenido aumento de la demanda mundial y doméstica de China por REE, la cual si se mantiene superará en el futuro la producción y reservas; el limitar las cuotas de exportación de REE como forma de estimular la economía china mediante un aumento en la producción nacional de productos que requieren de REE (pantallas planas, telefonía móvil, baterías recargables, etc), para así aumentar la ventaja competitiva de los productores nacionales frente a los japoneses o hindúes, y por último; como se desarrollará mas adelante, las razones esgrimidas por China en esta disputa provienen principalmente de una política nacional que busca poner orden a la industria que rodea la extracción y producción de REE, desorganizada, muchas realizada ilegalmente y altamente contaminante y peligrosa para el medioambiente y salud de las personas

El 22 de febrero de 2012 el OSD adoptó el reporte del OA en el caso *China Raw Materials* el cual se refería a restricciones a la exportación impuestas por China a ciertas materias primas de similar naturaleza a las impuestas a los REE. Dicho reporte reafirmaba la mayoría de los puntos indicados por los reclamantes (EEUU, UE y Méjico), destacando la confirmación de la constatación del Grupo Especial de que no hay ninguna base en el Protocolo de Adhesión de China para permitir la aplicación del artículo XX del GATT de 1994 y las obligaciones de China en virtud del artículo 11.3 del Protocolo de Adhesión. (OMC, 2012)

El resultado de esta disputa fue lo que finalmente llevó a que el 13 de marzo de ese año EEUU, la UE y Japón solicitaran consultas con China respecto a las restricciones de exportación de los REE, Tungsteno y Molibdeno impuestas por dicho país[3], afirmando de dichas restricciones son contrarias al GATT 1994 y al Protocolo

[3] Además de lo inusual de la presentación concertada de los tres países, era la primera vez que Japón llevaba a China al Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC.

de Adhesión de China a la OMC (OMC, 2012).

Los tres países mencionados son los más afectados por las cuotas de exportación, ello debido a que sus industrias de exportación de alta tecnología son altamente dependientes de los REE y sus derivados provenientes de China[4], lo cual explica a su vez que sean los mayores compradores de insumos de REE.

Luego el 27 de junio de mismo año los tres países solicitaron el establecimiento de un grupo especial. El 23 de julio el OSD estableció un Grupo Especial único para examinar las diferencias DS431, DS432 y DS433 (de ahora en adelante *China-REE*).

Finalmente el 26 de marzo del año 2014 el OSD distribuyó el informe del Grupo Especial.

4.2- Solicitudes de las partes

Las principales solicitudes de los tres países mencionados ante el Grupo Especial se referían a la constatación de los siguientes puntos (OMC, 2014):

- Con respecto a los derechos de exportación, que los instrumentos establecidos por China y enumerados en sus presentaciones (leyes, reglamentos, circulares, etc.) son incompatibles con las obligaciones que corresponden a China en virtud del párrafo 3 de la sección 11 de la Parte I del Protocolo.
- Con respecto a los contingentes de exportación, los reclamantes sostuvieron que estas medidas eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 y con el párrafo 2 de la sección 1 de la Parte I del Protocolo, que incorpora los compromisos asumidos en los párrafos 162 y 165 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, porque constituyen restricciones a la exportación que no son derechos de aduana, impuestos u otras cargas.

[4] Como ya se mencionó anteriormente, si bien EEUU tiene reservas de REE y una mina en Mountain Pass, las consecuencias ambientales y el cumplimiento de la legislación medioambiental junto con el tiempo y la inversión necesaria para reactivar dicha mina hacen difícil que EEUU sea un competidor serio en el mediano plazo para la posición monopólica de China en el mercado de los REE

- Con respecto a la administración y asignación de los contingentes de exportación, los reclamantes solicitaron que los instrumentos que regulan dicha materia son incompatibles con el párrafo 1 de la sección 5 de la Parte I del Protocolo, así como con las obligaciones que corresponden a China en virtud de las disposiciones del párrafo 2 de la sección 1 de la Parte I del Protocolo, en el que se incorporan los compromisos enunciados en los párrafos 83 y 84 del informe del Grupo Especial
- Derecho a tener actividades comerciales: Los reclamantes afirmaron que China impone restricciones a los derechos comerciales de las empresas que tratan de exportar diversas formas de tierras raras y molibdeno, como prescripciones en materia de resultados de exportación previos y de capital social mínimo. Estas medidas se reflejarían en una serie de normas que los reclamantes en sus solicitudes presentadas indican.

Por su parte la solicitud más importante que China presentó al Grupo Especial se refería a la constatación de que tanto el sistema de contingentes de exportación como los derechos de exportación aplicados a los productos objeto de este caso están justificados en virtud del apartado b) y g), respectivamente, del articulo XX del GATT, sin entrar a discutir si las medidas mencionadas eran incompatible o no con las normas OMC indicadas por los reclamantes.

4.3- Principales constataciones del Grupo Especial:

a) Sobre los Derechos de Exportación (OMC, 2012)

Al respecto los reclamantes indicaron que en el año 2012 China impuso derechos de exportación a 363 productos, entre ellos 58 productos de tierras raras, 15 productos de volframio (tungsteno), y 9 productos de molibdeno. Estos últimos 82 productos no están identificados en el anexo VI del Protocolo, y por lo tanto la imposición por

China de derechos de exportación a esos productos es incompatible con el párrafo 3 de la sección 11 de dicho Protocolo.

Dicho párrafo indica que "China eliminará todos los impuestos y cargas a la exportación salvo en los casos previstos expresamente en el anexo VI del presente Protocolo o que se apliquen en conformidad con las disposiciones del artículo VIII del GATT de 1994".

Este antecedente fue lo que llevo al Grupo Especial a concluir que los derechos de exportación aplicados por China a los REE no son compatibles con el párrafo citado.

Sin embargo, China en sus presentaciones no objetó dicho argumento. Su defensa se basó en que son aplicables a la obligación indicada en el párrafo 3 sección 11 del Protocolo las excepciones generales del art. XX del GATT, cuyo encabezado indica:

.. A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario p injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas…

En específico China argumentó que correspondía aplicar el apartado b) del citado artículo, el cual se refiere a las medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”

Este es el punto principal en debate entre las partes de esta disputa: la posibilidad de invocar el artículo XX del GATT en relación con una infracción de una disposición OMC+, a saber, el párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo, en lo que se refiere a los derechos de exportación.

Al respecto los reclamantes indicaron que dicho párrafo no está sujeto a las excepciones generales del artículo XX del GATT debido a que éste no se entiende como una excepción universal a la cual los acuerdos OMC pueden recurrir, menos

aún cuando el Protocolo no indica expresamente la aplicación de dicho artículo a las disposiciones contenidas en él. Adicionalmente destacan que en cualquier caso los derechos de exportación objeto de la disputa no están justificados, ya que China no demostró que sean necesarios para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

.

China por su parte ya había utilizado el argumento indicado en *China-Raw Materials*, caso en el cual el Grupo Especial y luego el OA se pronunciaron en el sentido que "no hay en el Protocolo de Adhesión de China fundamento alguno para aplicar el artículo XX del GATT de 1994 a las obligaciones que corresponden a China en virtud del párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión" (OMC, 2012).

En esta ocasión China solicitó al Grupo Especial de reconsiderar la interpretación indicada en razón de nuevos antecedentes presentados por el país. Dichos nuevos antecedentes se referían a las modificaciones legales y de políticas públicas realizadas por China, las cuales demostrarían que todo el sistema regulatorio en la materia estaba diseñado para alcanzar los objetivos indicados en el apartado b) y g) del art. XX GATT.

Al respecto el Grupo Especial se pronunció en el sentido de no apartarse de la interpretación jurídica seguida por el OA en "*China-Raw Materials*", manteniendo que la obligación del párrafo 3 sección 11 del Protocolo no estaba sujetaba a las excepciones del art. XX del GATT. Es decir, y tal como lo sostenían los reclamantes, no puede recurrirse a las excepciones generales del artículo mencionado para justificar un incumplimiento de la obligación de eliminar los derechos de exportación prevista en el Protocolo. Por ello la mayoría de los miembros del Grupo Especial indicaron que China no podía invocar la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX para tratar de justificar sus derechos de exportación.

Con respecto al examen de fondo de los argumentos y pruebas presentados por

China, el Grupo Especial se pronunció en el sentido de que incluso si pudiera recurrirse al apartado b) del artículo XX para justificar los derechos de exportación de China, esos derechos no eran necesarios "para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".

Si bien el mencionado grupo consideró que China había demostrado que la extracción y producción de REE efectivamente causan graves daños al medio ambiente y a la vida y salud de las personas y de los animales y a la preservación de los vegetales, ello, a la luz de la redacción del articulo mencionado, no es suficiente para demostrar que los derechos de exportación son necesarios para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Era necesario además demostrar al Grupo Especial que los derechos de exportación están diseñados y estructurados para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, que estos son adecuados para hacer una contribución importante al objetivo declarado, y si en este caso China tiene a su alcance medidas alternativas.

Al respecto según el Grupo Especial China no fue capaz de presentar pruebas convincentes de los tres puntos recién mencionados.

Por todo lo anterior el Grupo Especial constató que la imposición por China de los derechos de exportación en cuestión era incompatible con las obligaciones que corresponden a China en el marco de la OMC.

b) Opinión minoritaria de panelista

Un panelista del Grupo Especial indicó su posición minoritaria. Si bien se pronuncia de acuerdo con la opinión alcanzada por el Grupo Especial respecto a que China no puede justificar al amparo del apartado b) del art. XX del GATT los derechos de exportación señalados, una adecuada interpretación de las normas OMC revisadas en este caso llevaría a la conclusión de que las obligaciones del párrafo 3 sección 11 del Protocolo sí están sujetas a las excepciones generales del art. XX del

GATT. Ello porque para analizar correctamente si corresponde o no la aplicación del art. XX del GATT para justificar infracciones del párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo se tiene que comenzar por concebir a los componentes y al funcionamiento del Acuerdo OMC como un todo único, del cual el Protocolo en cuestión también es parte. Argumenta adicionalmente que con anterioridad el OA ha mantenido que el Acuerdo sobre la OMC es un "todo único" (OMC, 1997) el cual no está sujeto a reservas y en el que todas las disposiciones de la OMC son, en general, aplicables simultánea y acumulativamente. Es así como una única medida puede estar sujeta, al mismo tiempo, a varias disposiciones de la OMC que impongan disciplinas distintas. Es por ello que para analizar si el párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo forma parte integrante del GATT, y puede por lo tanto beneficiarse de las excepciones contempladas en el artículo XX del GATT, “requiere una interpretación integral de las disposiciones pertinentes” (OMC, 2014)

Por otra parte con arreglo a la normativa de la OMC sólo las disposiciones de los "acuerdos abarcados" pueden constituir el fundamento de una alegación de infracción que pueda someterse al OSD en forma de solicitud de establecimiento de un grupo especial. En el Apéndice 1 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) se enumeran los Acuerdos OMC que son "acuerdos abarcados" a efectos del ESD. Dicho Apéndice incluye el Acuerdo de Marrakech, los acuerdos multilaterales que figuran en el Anexo 1, y el ESD, que figura en el Anexo 2. En el Apéndice 1 del ESD no se mencionan directamente los protocolos de adhesión. Pese a ello, ninguna parte en la “*China-REE*” expresó duda alguna sobre si las infracciones de los compromisos asumidos en el Protocolo, y en particular las infracciones del párrafo 3 de la sección 11 de dicho Protocolo, pueden someterse a la consideración del OSD y ser objeto de una solicitud de establecimiento de un grupo especial. Por consiguiente, esto significa que todas las partes consideran que el párrafo 3 de la sección 11 forma parte integrante de uno de los acuerdos de la OMC abarcados.

Por último, y al igual que todas las partes de ésta disputa, opina que para

determinar si el art. XX GATT puede invocarse para justificar una infracción de una disposición de un protocolo de adhesión, ello tiene que interpretarse casuísticamente. Es el intérprete quien debe determinar la intención común de las partes sobre la manera en que la obligación OMC+ específica contenida en un protocolo de adhesión interactúa con las disposiciones de la OMC vigentes.

c) Contingentes de Exportación

Sobre estas medidas, China no discutió el hecho de que la imposición de contingentes de exportación a los productos objeto de esta controversia infringen los artículos indicados por los reclamantes, sino que buscó justificar dichas medidas al amparo de la excepción prevista en el apartado g) del artículo XX del GATT ,el cual se refiere a las medidas "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales", además de cumplir con las prescripciones de la parte introductoria del artículo XX GATT

Al respecto el Grupo Especial concluyó que los contingentes de exportación de China tenían por finalidad lograr objetivos de política industrial y no de conservación. Si bien se pronunció de acuerdo con lo señalado con China en lo referente a que el término "conservación" del apartado g) del artículo XX GATT significa más que la simple "preservación" de recursos naturales, y en que cualquier Miembro de la OMC puede tener en cuenta sus propias necesidades y objetivos en materia de desarrollo sostenible al formular una política de conservación, de acuerdo con el principio general de derecho internacional de soberanía sobre los recursos naturales, el Grupo Especial interpretó que el término "conservación" del apartado mencionado no permite que los Miembros adopten medidas dirigidas a controlar el mercado internacional de recursos naturales, lo que a juicio del Grupo Especial era la finalidad de los contingentes de exportación impugnados (OMC, 2014).

Sobre el cumplimiento de la condición indicada en el apartado indicado, el Grupo Especial concluyó que el contingente de exportación de REE no se aplican en conjunción con medidas o restricciones que restrinjan al usuario nacional, ello tras el examen de instrumentos y medidas que de acuerdo con China cumplían con el objetivo de restringir el acceso nacional a los elementos mencionados. Es mas, concluyó que el efecto último de las restricciones a las exportaciones de REE es estimular y fomentar la extracción nacional y estimular el uso preferencial de esos materiales por parte de consumidores chinos. Por todo ello el Grupo Especial concluyó que la prescripción de "imparcialidad" exigida por la jurisprudencia del OA en virtud de lo dispuesto en el apartado g) del artículo XX no se había satisfecho.

d) Derecho a tener actividades comerciales

Acerca de las restricciones impuestas por China al derecho de las empresas a exportar los elementos objetos de esta disputa, el mencionado país justificó la aplicación de éstas medidas ya que cumplirían con las exigencias del apartado g) del artículo XX, dado que también guardarían relación con la conservación de recursos naturales agotables.

Si bien en este caso el Grupo Especial indicó que China si podía recurrir a las excepciones previstas en el artículo XX GATT para justificar las restricciones en cuestión, concluyó que China no había logrado explicar satisfactoriamente por qué sus restricciones a éste derecho estaban justificadas al amparo de esta disposición. Por ello infringían las obligaciones impuestas y aceptadas por el mencionado país en su Protocolo en el marco de la OMC (OMC, 2014).

e) Comentarios a las conclusiones del Grupo Especial

A pesar de los esfuerzos de China, en especial desde *China- Raw Materials*, por modificar sus limitaciones a las exportaciones de REE basadas en cuotas con el fin de representarlas como una medida necesaria en el marco de su regulación de REE, la cual en teoría tiene como objetivo central el desarrollo sustentable, el Grupo Especial concluyó que China no había logrado probar que las cuotas de exportación eran "necesarias" o "en relación a" de acuerdo al tenor del apartado b) del art. XX del GATT. Entre otras razones porque la misma prueba representaba un obstáculo importante: China sostenía que las cuotas de exportación eran una medida "necesaria" o "relacionada con" la conservación de los recursos naturales y de salud de las personas. Para lograr justificar dichas medidas (y así evitar ser consideradas medidas en violación a las normas anteriormente indicadas), las pruebas presentadas por China tendrían que haber demostrado en primer lugar que las restricciones a la exportación tenían el efecto de disminuir la producción o consumo nacional de REE. Sin embargo, las pruebas presentadas por los reclamantes indicaban que ambas actividades habían aumentado (BARONCINI, 2012).

Desde una perspectiva más global, el reporte analizado se refiere a dos materias características tratadas por la creciente tendencia a indicar la necesidad de reforma o actualización del sistema del OSD:

El primero es el carácter de precedente de los reportes del OA. En los últimos años, la entidad mencionada ha indicado en reiteradas ocasiones las ventajas de desarrollar una jurisprudencia coherente y que permita a los actores una cierta previsibilidad, acorde al fin último de la OMC. Si bien en el caso analizado el Grupo Especial rechazó los requerimientos de China de volver a pronunciarse sobre un asunto ya tratado por el OA, realizó un análisis exhaustivo de los argumentos de China, ya que previendo una posible apelación ello facilitaría la evaluación de parte del OA.

Otra materia relevante es la posible aplicación del art. XX del GATT como

justificación de incumplimiento de obligaciones contenidas otros instrumentos OMC, como los Protocolos de Adhesión. En el caso en estudio, debido a los fundamentos dados por el integrante disidente del Grupo Especial, es muy probable que China presente una apelación y que el OA deba volver a revisar esta materia, cuya importancia radica en el factor determinante que puede llegar a tener en fijar o dar parámetros de hasta donde los Protocolos de Adhesión pueden limitar las facultades de los países miembros mas recientes de la OMC para regular su comercio exterior por razones medioambientales o de salud pública (WAGNER, 2014).

Por último el desarrollo de ésta disputa refleja la problemática que enfrentan los recientes Miembros de la OMC en el cumplimiento de las obligaciones OMC+ impuestas y compatibilizar dicho cumplimiento con la aplicación a nivel de políticas nacionales de herramientas nuevas o ya existentes pero con un fin distinto al cual generalmente se les ha caracterizado, el cual sería en este caso abordar preocupaciones ambientales y de salud y de seguridad de la población. Ello debido a que su aplicación, tal como actualmente esta concebido el articulo XX y como ha sido su interpretación por parte del Grupo especial y del OA, debe cumplir con requisitos considerados por parte de China como exigentes y poco flexibles, lo cual concluye en la mayoría de los casos con una resolución de parte de los órganos indicados la cual indica que se ha infringido una norma OMC.

4.4.- Actuaciones posteriores de las partes

Luego de la distribución del reporte, el 8 de abril del 2014 EEUU notificó al OSD su decisión de apelar ciertas interpretaciones jurídicas y cuestiones de derecho del informe del Grupo Especial. En su presentación EEUU se refiere a la revisión jurídica de la decisión del Grupo Especial de rechazar ciertas pruebas documentales presentadas por los reclamantes junto con sus observaciones sobre las respuestas de China. Dichas pruebas esencialmente fueron presentadas por los reclamantes con el

fin de refutar los nuevos antecedentes presentados por China para probar el cumplimiento de las exigencias de las excepciones del art. XX GATT ya tratadas. En ésta disputa el Grupo Especial estuvo de acuerdo con China en que las pruebas no debían ser admitidas ya que hacerlo atentaba contra las garantías procesales

Luego el 25 de abril China notificó al OSD su decisión de apelar. En su presentación de notificación China indica la apelación de 3 puntos de interpretación jurídica y cuestiones de derecho del informe del Grupo Especial:

- Contra la interpretación del párrafo 1 del art. XII del Acuerdo de Marrakech leído conjuntamente con la segunda frase del párrafo 2 de la sección 1 del Protocolo.
- Contra las constataciones de que los contingentes de exportación de REE y Volframio (Tungsteno) de China no guardan relación con la conservación en el sentido del apartado g) del art. XX GATT
- Contra las constataciones de que los contingentes de exportación de los elementos mencionado (más los de Molibdeno) de China no se aplican conjuntamente con restricciones nacionales en el sentido del apartado g) del art. XX GATT.

4.5- Jurisprudencia OA acerca de la interpretación del art XX GATT

A continuación se indica algunas disputas llevadas ante el OA relacionadas con la interpretación de las excepciones de los apartados b) y g) del art. XX GATT en relación con la autonomía de los Miembros para determinar sus políticas públicas dirigidas a objetivos medioambientales y de protección de la salud y vida de las personas:

a) En *US-Shrimp*[5] India, Malasia, el Pakistán y Tailandia celebraron consultas con EEUU respecto de la prohibición a la importación de camarones y productos del

[5] EEUU-Camarones, DS 58

camarón procedentes de dichos países, impuesta por EEUU con arreglo al artículo 609 de su *Public Law* 101-162. EEUU por su parte indicó que la prohibición en cuestión cumplía con los requisitos del apartado g) del art. XX GATT. EEUU apeló al informe del Grupo Especial. Luego el OA con respecto a la excepción indicada concluyó que efectivamente la medida en cuestión reunía las condiciones para acogerse a ella como justificación provisoria, pero que no cumplía los requisitos del párrafo introductorio del art XX. GATT, ya que había sido aplicada en una forma que constituía una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC. El OA también destacó que "los Miembros de la OMC tiene amplia autonomía para establecer sus propias políticas encaminadas a proteger el medio ambiente en tanto, al hacerlo, cumplan sus obligaciones y respeten los derechos de los demás Miembros dimanantes del Acuerdo sobre la OMC" (OMC, 1998)

b) En *Brazil-retreaded Tyres*[6] la entonces Comunidad Europea (UE en la actualidad) solicitaron la celebración de consultas con el Brasil respecto a ciertas medidas que afectaban desfavorablemente a las exportaciones de neumáticos recauchutados procedentes de la UE. Parte de la defensa de Brasil se basó en que dichas medidas cumplían con los requisitos del apartado b) del art. XX GATT para ser considerada una excepción. La UE apeló el informe del Grupo Especial. Luego el OA se pronunció, entre otras cuestiones, en el sentido de confirmar (aunque por otras razones) las constataciones del Grupo Especial de que la prohibición de las importaciones no estaba justificada al amparo del art. XX GATT. Sin embargo, el OA confirmó la constatación de que podía considerarse que la prohibición en cuestión era "necesaria" en el sentido del apartado b) del artículo XX y estaba, por tanto, justificada provisionalmente al amparo de dicha disposición. Al respecto se destaca su opinión en el sentido de

[6] Brasil- Neumáticos recauchados, DS 332

.. Esta cuestión ilustra las tensiones que pueden existir entre el comercio internacional, de un lado, y algunos problemas relacionados con la salud pública y el medio ambiente derivados de las dificultades que comporta gestionar los desechos generados por un producto al término de su vida útil, de otro. A este respecto, el principio fundamental es el derecho que tienen los Miembros de la OMC de determinar el nivel de protección que consideren apropiado en cada situación. Otro elemento decisivo del análisis de la necesidad de una medida con arreglo al apartado b) del artículo XX es su contribución al logro de su objetivo. Existe esa contribución cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida en cuestión. Para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable. Sin embargo, su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante (…) Por lo tanto, la contribución de la medida debe confrontarse con el grado en que restringe el comercio, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o los valores a que responde el objetivo perseguido con ella. (OMC, 2008)

c) En *China- Raw Materials*, en el 2009 EEUU y la EU solicitaron consultas con China referentes a las limitaciones impuestas por éste país a la exportación de varias formas de materias primas. China, al igual que en C*hina-REE*, argumentó que dichas limitaciones, contrarias a las obligaciones OMC+ contenidas en su Protocolo de Adhesión, se enmarcaban dentro de las excepciones del art. XX GATT. Luego apeló el informe del Grupo Especial (al igual que EEUU), destacando ciertas cuestiones de derecho relacionadas con las conclusiones del Grupo Especial con respecto a la interpretación del apartado g) del art. XX GATT. Si bien el OA confirmó la constatación del Grupo Especial en el sentido de que en el mencionado protocolo no hay fundamento alguno para aplicar el artículo XX del GATT a las obligaciones que corresponden a China en virtud del párrafo 3 de la sección 11 del mismo protocolo, constató que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que la frase "se apliquen conjuntamente con" del apartado g)

del artículo XX del GATT exige que se demuestre de forma separada que la finalidad de la medida impugnada debe ser hacer eficaces las restricciones a la producción o al consumo nacionales.

5.- PROTOCOLO DE ADHESIÓN DE CHINA A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

5.1- Características

Las normas específicas del futuro país Miembro de la OMC se establecen en el Protocolo de Adhesión, el cual es un acuerdo bilateral entre el país candidato y la OMC, el cual pasa a formar parte importante de las normas del órgano mencionado.

A diferencia de todos los celebrados con anterioridad, el Protocolo de Adhesión de China no es un documento estandarizado. Los protocolos de adhesión anteriores al 2001 seguían un formato estándar con algunas variaciones, las cuales hacían referencia a compromisos específicos al país que adhería, poco de los cuales se referían a obligaciones OMC+

Adicionalmente éste protocolo incorpora por referencia 143 párrafos del Informe del Grupo de Trabajo de China que contienen normas y compromisos específicos de China, lo cuales tienen el efecto de modificar o ampliar las disposiciones de los acuerdos OMC, siendo la mayoría de ellas obligaciones OMC+ relacionados con temas como las reformas al sistema económico de China, normas de gobierno interno y tratamiento de la inversión extranjera.

Otra característica es el establecimiento de normas específicas que permiten a loa Miembros apartarse de las disciplinas existentes de la OMC en la conducción de sus relaciones comerciales con China

..Estos incluyen reglas especiales de alivio comercial que permiten a otros miembros tratar a China como una economía no de mercado en medidas antidumping y antisubvención, y se aplicarán las salvaguardias contra productos chinos de una forma discriminatoria. Aunque algunos de ellos tienen una fecha de caducidad incorporada, la mayor parte de las normas específicas de China son de duración

permanente (YA QUIN, 2012).

A pesar de todas estas diferencias, el Protocolo de Adhesión de China, al igual que los protocolos anteriores, declara ser parte integrante del Acuerdo OMC. Sin embargo, no se pronuncia acerca de la forma como debe entenderse sus normas integradas al Acuerdo OMC, en especial las obligaciones OMC+.

Si bien luego de la experiencia del Protocolo de Adhesión de China, la OMC en los siguientes procesos de adhesión vuelve a utilizar textos estandarizados, desde dicha experiencia ha mantenido la práctica de negociar con los futuros miembros compromisos adicionales y obligaciones OMC+[7].

Por último, y en relación a presente estudio de caso, durante el proceso de negociación de accesión de China a la OMC un problema que se presentó para el Grupo de Trabajo fueron las limitaciones a las exportaciones que China imponía a muchos productos. Dicho país por su parte gradualmente comenzó a disminuirlos o eliminarlos, pero manteniendo dichas medidas en ciertos productos considerados como estratégicos para el crecimiento de su economía.

5.2- Problemas y Desafíos que presentan los protocolos y las obligaciones OMC+ contenidas en ellos

En los últimos años los protocolos de adhesión han tomado una mayor importancia por ser fuente de varias disputas ante el OSD. Para el órgano mencionado un asunto de primordial importancia que se ha presentado en reiteradas ocasiones es la legalidad de los protocolos en el marco de los acuerdos OMC y la relación de los protocolos y las normas de los mencionados acuerdos. Ello por que en la práctica los protocolos expanden y modifican las normas establecidas en los acuerdos

[7] Ello no quiere decir que con anterioridad al ingreso de China a la OMC no existieran las obligaciones OMC+, sino que en los procesos de negociación anteriores al mencionado no era una característica de éstos el abarcar éstas obligaciones ni tampoco para la amplitud de materias que desde el mencionado protocolo suelen tratar.

multilaterales de la OMC cuando son aplicados a los estados miembros. Sin embargo, no está claro sobre qué base legal los protocolos han adquirido esa autoridad. El Acuerdo de la OMC, si bien indica que un Estado podrá adherirse a la OMC en "términos que serán acordados entre él y la OMC", no se pronuncia acerca de la situación o posición de los protocolos en el marco de los tratados de la OMC (YA QIN, 2012)

Dicha falta de claridad ha tenido consecuencias. Una de ellas es precisamente el aumento de disputas ante el OSD que dicen relación con obligaciones específicas de un país contenidas en su protocolo de adhesión y su vinculación con las normas de los acuerdos OMC (siendo China el miembro más demandado en esta materia).

Más específicamente, la mayoría de las disputas concernientes a obligaciones OMC+ dicen relación con la necesidad de disponer de un ámbito reconocido por el marco OMC para excepciones de políticas públicas y de orden público, ya que si bien por un lado los protocolos contienen las obligaciones mencionadas, no establecen excepciones similares a las contenidas en los Acuerdos de la OMC (por ejemplo el art. XX GATT) que permitan establecer un equilibrio para el miembro en cuestión al momento de aplicar políticas públicas que pueden contravenir normas OMC. Todo lo anterior refleja la importancia de establecer claramente si los miembros que han aceptado obligaciones OMC+ en sus protocolos de adhesión pueden recurrir a las excepciones de orden público contenidas en los Acuerdos OMC y de ser así, la base legal de ello. Al respecto el OA ha mantenido una interpretación restringida, aceptando para los casos referidos a esta materia que tienen a China como demandado la aplicabilidad en algunos casos del art. XX del GATT a las obligaciones OMC+ contenidas en el Protocolo de Adhesión, pero negando dicha aplicación a las obligaciones relacionadas con los derechos de exportación.(YA QIN)

5.3- Análisis del Anexo VI del Protocolo en relación con las políticas chinas

Como se mencionó anteriormente, el anexo VI del protocolo de adhesión de China enumera 84 productos para los cuales específica un tipo de derecho de exportación máximo. Después del cuadro en el que se enumeran dichos productos el anexo VI incluye el siguiente texto:

..China confirmó que los niveles arancelarios que figuran en el presente anexo son los niveles máximos que no podrán sobrepasarse. Asimismo confirmó, que no incrementaría los tipos aplicados actuales, excepto que se dieran circunstancias excepcionales. Si tales circunstancias tuviesen lugar, China entablaría consultas con los Miembros afectados antes de incrementar los aranceles aplicados con el fin de alcanzar una solución mutuamente aceptable.

Ciertas prácticas comerciales Chinas no son armónicas con lo indicado en el párrafo anterior. Una de ellas es el "Plan de Ejecución Tributaria" que China da a conocer periódicamente, en el cual se indica una lista de productos sujetos a derechos de exportación. En el plan del año 2010 por ejemplo, China indicó 329 ítems, superando por mucho los 84 productos indicados en el anexo VI (KARAPINAR, 2010). Una segunda práctica es la revisión constante que China realiza a sus aranceles de exportación, el cual dependiendo de los precios y de la disponibilidad internacional del producto en cuestión es nuevamente fijado. Ello puede llevar a que aranceles de ciertos productos en un año específico estén acordes a lo dispuesto en el anexo VI, pero que al siguiente año estos aranceles sobrepasen los niveles máximos indicados en el anexo VI

Éste tipo de prácticas explican en gran parte la constatación del Grupo especial en lo referente a que los derechos de exportación de REE, Tungsteno y Molibdeno impuestos por China son contrarios a las obligaciones OMC+ referidas a la eliminación de impuestos a la exportación contenidas en el párrafo 11.3 del protocolo, ya que ninguno de los elementos indicados en las solicitudes de los reclamantes

aparece en Anexo VI mencionado.

5.5- Análisis de la interpretación del OSD al párrafo 2 sección 1 del Protocolo

El preámbulo del Protocolo de Adhesión de China alude al Acuerdo sobre la OMC como "el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio".

Más adelante el párrafo 2 de la sección 1 del protocolo mencionado dispone que “El presente Protocolo, que comprenderá los compromisos mencionados en el párrafo 342 del informe del Grupo de Trabajo, formará parte integrante del Acuerdo sobre la OMC". Por lo tanto, las disposiciones del protocolo pueden invocarse en los procedimientos de solución de diferencias en la OMC (OMC). Ahora bien, la interpretación del significado de la última frase del párrafo citado fue uno de los puntos controvertidos en la disputa *China-REE*. En ella China desarrollo como parte importante de su defensa el argumento de que le aplicables a la obligación indicada en el párrafo 3 sección 11 del protocolo las excepciones generales del art. XX del GATT 1994. Al respecto el razonamiento de China fue el siguiente:

i) Según el argumento del mencionado país, la correcta interpretación del párrafo 2 de la sección 1 del protocolo y del párrafo 1 del artículo XII del Acuerdo de Marrakech hacen del protocolo "parte integrante" del Acuerdo de Marrakech, y así también cada una de las disposiciones específicas del protocolo son parte integrante de uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales (por ejemplo el GATT de 1994) anexos al Acuerdo Marrakech.

ii) La determinación de cuál o cuáles son los Acuerdos Comerciales Multilaterales de los que una disposición particular del protocolo forma "parte integrante" tiene que basarse en una evaluación de cuál o cuáles son los Acuerdos Comerciales Multilaterales con los que la disposición de que se trata está "intrínsecamente" relacionada. El párrafo 3 de la sección 11 del protocolo contiene una obligación relativa al comercio de mercancías, y en particular a

la reglamentación del uso de derechos de exportación. Así pues, está "intrínsecamente relacionada" con el GATT de 1994, y en particular con las disposiciones del GATT de 1994 que regulan el uso de derechos de exportación -las cuales, a juicio de China, son los artículos II y XI del GATT de 1994-. Por consiguiente, el párrafo 3 de la sección 11 tiene que tratarse como "parte integrante" del GATT de 1994.

Por otra parte, los reclamantes en la mencionada disputa argumentaron que la referencia al "Acuerdo sobre la OMC" significa el Acuerdo de Marrakech y nada más.

Al respecto la opinión minoritaria del panelista en "*China-REE*" también se pronunciaba a favor de una interpretación integral: El art. XII del Acuerdo de Marrakech dispone que la adhesión de un Miembro será aplicable "al presente Acuerdo y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al mismo". Por otra parte el párrafo 2 de la sección 1 del Protocolo dispone que el mencionado instrumento "formará parte integrante" del Acuerdo sobre la OMC. Por ello dicha opinión minoritaria interpreta la expresión "Acuerdo sobre la OMC" en el sentido de referirse al acuerdo global que constituye la totalidad de las disposiciones del tratado jurídico de la OMC, y que incluye el Acuerdo de Marrakech, sus cuatro anexos, las listas de compromisos de los Miembros y los compromisos incluidos en los protocolos de adhesión a la OMC

Dicha interpretación no fue compartida por el Grupo Especial, el cual concluyó que la segunda frase del párrafo 2 de la sección 1 del protocolo quiere decir que el éste se hace parte integrante del Acuerdo de Marrakech. El párrafo 2 del artículo II del Acuerdo de Marrakech dispone que los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos forman parte integrante del Acuerdo sobre la OMC, lo cual no significa que los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al Acuerdo de Marrakech sean partes integrantes unos de los otros, o que disposiciones individuales de un Acuerdo Comercial Multilateral formen parte integrante de otro Acuerdo Comercial

Multilateral. En otras palabras el Grupo Especial se pronunció de acuerdo con lo mantenido por los reclamantes en éste punto.

CONCLUSIONES

Sobre las modificaciones aplicadas por el gobierno chino a su política de REE tendientes a establecer un sistema de restricción a las exportaciones (en especial las establecida a partir del año 2011 a causa del desarrollo en el OSD de la disputa *China-Raw Materials*), ellas conforman un sistema que refleja el objetivo general, no el único por cierto, de China por proteger el medioambiente y la disminución del impacto negativo en la vida y salud de las personas, los cuales son fuertemente afectados por el proceso de extracción y producción de REE. El punto principal y la novedad de dicho sistema es la vinculación entre las cuotas de exportación y la protección del medioambiente, con las licencias de exportación. El gran problema de éste sistema en relación con las normas OMC, sin tomar en consideración otros "fines" a los cuales apunta y a los cuales no se hacen mención oficial por parte del gobierno chino, es la interpretación al estándar de prueba de los objetivos exigido por los apartados b) y g) del art. XX GATT 1994.

En ambos casos la interpretación del OSD al estándar de prueba llevó al concluir que las restricciones mencionadas no cumplían con los requisitos exigidos por las excepciones de los apartados mencionados, por lo que no eran consistentes con las obligaciones impuestas por el Protocolo de Adhesión de China a la OMC y constituían una violación a las normas OMC.

La falta de requisitos a la producción, distribución y consumo interno chino que soportaran la comparación con los requisitos exigidos a las empresas chino-extranjeras, en especial en lo referente a la aplicación de cuotas de exportación a éstos últimos, es el elemento principal que explica la conclusión del grupo especial en el sentido de que las restricciones al a exportación de REE no cumplen en el presente con los requisitos de "junto con" y la "imparcialidad" que exigen los mencionados apartados. En el caso del apartado b) se concluyó que las pruebas presentadas no fueron suficientes para concluir que la vinculación entre las cuotas de exportación y las licencias de exportación era necesaria "en relación a" la conservación del medioambiente y de su impacto para alcanzar dicho objetivo.

La principal razón indicada por el Grupo Especial para descartar la necesidad de la vinculación indicada se basa principalmente en el hecho de que el mismo objetivo de incentivar el cuidado medioambiental podría lograrse a través de licencias de exportación, sin la necesidad de complementarlas o acompañarlas con cuotas de exportación.

Lo anterior a pesar de los nuevos antecedentes presentados por China[8] relativos a las modificaciones de sus políticas industriales de los REE, los cuales según el Grupo Especial no cumplieron los estándares de prueba exigidos por la norma indicada.

Dicha interpretación "restringida" de los estándares de prueba exigidos es característica de los Grupos Especiales, lo cual tiene el efecto de hacer más difícil el cumplimiento de las exigencias de las excepciones del art. XX GATT. Si bien ello está acorde con el hecho de que se trata de excepciones y que por lo tanto la prueba debe ser en general restringida y mas exigente que una obligación común, en este caso la exigencia de prueba no parecen adecuarse a la autonomía y soberanía nacional que los miembros ejercen en la actualidad al regular sus políticas públicas que apunten a objetivos de protección del medioambiente, salud y vida de las personas y de desarrollo sostenible.

Si bien al momento de firmar su Protocolo de Adhesión China aceptó las obligaciones que ello conllevaba, compromisos OMC+ incluidos, el problema es que el marco OMC actualmente no indica claramente un espacio para la aplicación armónica de políticas industriales como la analizada, ello tanto a nivel de norma como de interpretación. Respecto a éste último punto se debe considerar adicionalmente que el tema tratado en el presente trabajo es relativamente nuevo para el OSD, por lo tanto un desarrollo jurisprudencial en la materia requiere más tiempo.

Pero considerando la evolución de la jurisprudencia en la materia desde su corta existencia, es posible concluir que el estado actual representa un avance para las pretensiones chinas de que en un futuro sus restricciones a las exportaciones de REE sean reconocidas como acordes a las normas OMC, ello debido a ciertas criticas en

[8] En relación a las presentadas con anterioridad en *China-Raw Materials*

cuanto a las funciones del OSD, en especial a la necesidad de revisión y actualización de sus normas que algunos de sus miembros mantienen hace años en relación justamente con disputas relacionadas con nuevas materias a las que tradicionalmente conocía el OSD. Por otro lado el hecho de que el reporte señale la opinión minoritaria de un panelista, lo cual de por sí no es común que ocurra en éstos reportes, basada en la necesidad de interpretar el art. XX GATT 1994 en relación con normas de un Protocolo de Adhesión desde un enfoque mas "holístico" e integral de todos los Acuerdos e instrumentos que forman parte del marco OMC, refleja en parte dicha necesidad de revisión de los principios interpretativos bajo los cales funcionan los grupos especiales.

Todo ello puede considerarse un indicio para China de que las modificaciones realizadas a su sistema de restricción a las exportaciones van por buen camino. Ello en comparación con los reportes del Grupo Especial y del OA en *China-Raw Materials*. Como se señaló anteriormente, fue durante el desarrollo de la mencionada disputa que China aplicó las modificaciones mas importantes a la regulación de sus restricciones a la exportación de REE, siempre bajo el objetivo de cuidar y preservar el medioambiente, apuntando a cumplir algún día los requisitos del art XX GATT 1994. Para ello es muy probable que siga con esta tendencia de modificar y reforzar la regulación en el tema para así lograr alcanzar la "contribución material" que el artículo indicado exige de las restricciones a la exportación, en particular de sus cuotas de exportación. Además de acatar las conclusiones del reporte, ya que China se ha caracterizado por aplicar las decisiones adversas a sus intereses que provengan del OSD y del OA.

Ahora bien, en términos generales las restricciones a la exportación no son consideradas por los países desarrollados como un buen instrumento para proteger el medio ambiente o la conservación de los recursos naturales, ello debido a que suelen acarrear como efecto distorsiones del mercado y a que éstos países poseen alternativas viables y competitivas a éstas restricciones que no tienen el efecto mencionado. Sin embargo, en países aún no desarrollados completamente como China es un método

efectivo desde el punto de vista de sus objetivos, que en el caso analizado se enmarca bastante bien dentro de la filosofía que ha mantenido por décadas de una apertura "controlada" del mercado, en la cual los instrumentos se crean, modifican o eliminan según los objetivos fijados por el gobierno central. Para que las restricciones a la exportación de REE cumplan con los requisitos de las normas OMC mencionadas en éste trabajo deben tener el efecto de reducir realmente la producción nacional, la contaminación o el consumo y que ello sea probado mediante el cumplimiento de los requisitos probatorios fijados por la misma norma y según la interpretación que realice en el caso específico el grupo especial. Este último punto se concluye que es el más controversial y el que hace difícil para países en desarrollo que buscan aplicar medidas de restricción a sus exportaciones ampararse en las excepciones del art. XX GATT 1994 tendiendo en consideración cual es la situación actual.

De momento, y de acuerdo al desarrollo del presente estudio de caso, las restricciones analizadas no son consistentes con las obligaciones impuestas por el Protocolo de Adhesión de China a la OMC en relación al cumplimiento de los requisitos exigidos por los apartados b) y g) del Art. XX GATT, pero como dicha consistencia en la práctica, y debido al escaso marco normativo de la OMC en materia de políticas industriales que restrinjan la exportación, depende de la interpretación jurídica del OSD, nada obsta que en el futuro dicha interpretación cambie, mas aún cuando la disputa se llevará ante el OA. En el caso analizado ello es probable dependiendo de dos factores principales: la evolución de la escasa jurisprudencia en el tratamiento de éstas nuevas materias que son llevadas a consultas ante el OSD y el constante proceso de modificación de las políticas de restricción a la exportación que China aplica con un doble objetivo: algún día lograr la consistencia de las restricciones mencionadas al marco normativo de la OMC a través de las excepciones del art XX GATT, junto con controlar el mercado de los REE debido a su importancia estratégica y aumento de la demanda (doméstica y extranjera) por éstos.

Ambos objetivos se complementan, la primera sirviendo como justificación en el marco del sistema multilateral de comercio de medidas que violan normas OMC,

mientras que el control del mercado permite la aplicación, desarrollo y modificación de políticas industriales a nivel doméstico que en otros sistemas administrativos de gobierno no sería posible aplicar a tal nivel, menos aún modificarlas constantemente con el objetivo, como se indicó no exclusivo, de cumplir con una norma internacional.

China desde hace años desarrolla una estrategia en el ámbito de la OMC para alcanzar algún día dicho objetivo: acatar las resoluciones y recomendaciones del OSD y seguir atentamente el desarrollo jurisprudencial del OSD y OA en materias comerciales de importancia para sus áreas estratégicas, en especial los cambios jurisprudenciales referidos a materias en las cuales China ha sido llevado a consultas ante el OSD, como en el presente estudio de caso. Al acatar dichas observaciones y recomendaciones el OSD y el OA, ejercen cierta influencia en el desarrollo de las políticas industriales de de restricción de exportaciones de REE.

BIBLIOGRAFIA

Baroncini, Elisa. (2012). “The China-Rare earth WTO dispute: a precious chance to revise the China-raw materials conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China’s WTO Accession Protocol” [versión electrónica] Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol 4, N° 2, pp.49-69. Recuperado el 20 de marzo de 2014 de www.uc3m.es/cdt

Bayley Grasso, Valerie (2013). “Rare Earth Elements in National Defense: Background, Oversight Issues, and options for Congress” [versión electrónica]. Congressional Research Service Report for Congress. Recuperado el 29 de marzo de 2014 de www.crs.gov

Blakely, Christopher, Cooter, Joseph, Khaitan, Ashur, Sincer, Iclal, Williams, Ross (2012). “Rare Earth Metals & China” [versión electrónica]. Gerarld R. Ford School of Public Policy. Recuperado el 27 de mayo de 2014 de http://sites.fordschool.umich.edu/china-policy/files/2012/09/Rare-Earth-Metals-China.pdf

Bradsher, Keith (2010). “After China´s Rare Earth Embargo, a New Calculus”. Recuperado el 1 de mayo de 2014 de http://www.nytimes.com/2010/10/30/business/global/30rare.html?pagewanted= 2

Bradsher, Keith. (2014). “Victory for the West, WTO Orders China to Stop Export Taxes on Minerals”. Recuperado el 2 de junio de 2014 de www.nytimes.com/2012/01/31/ Business/ wto-orders-china-to-stop-export-taxes-on-minerals.html?pagewanted=all&_r=0

Perú. Cámara Minera del Perú. Enlace Minería (s.f). Los metales de “tierras raras”, el nuevo oro minero. Recuperado el 16 de junio de 2014 de http://enlacemineria.blogspot.com/2014/04/los-metales-de-tierras-raras-el-nuevo.html

China. Oficina de Información del Consejo Estatal. Libro Blanco. “Situation and Policies of China’s Rare Earth Industry” [versión electrónica]. Recuperado el 30 de mayo de 2014 de http://www.en84.com/article-10547-4.html>

China. Consejo Estatal (s.f). Some suggestions of the State Council on Promoting the Sustainable and Healthy Development of Rare Earth Industry. N° 12(2011). Recuperado el 03 de junio de 2014 de http://www.sourcejuice.com/1469601/2011/08/26/State-Council-promotion -sustainable-healthy-development-rare-earth-industry/

Estados Unidos. Molicorp Incorporation (s.f.). Recuperado el 02 de junio de 2014 de http://www.molycorp.com

Estep, Eric (2012). “Countering China´s Dominance in the Rare Earth Element Market System” [versión electrónica]. Strategy Research Project, United States Army War College. Recuperado el 30 de mayo de 2014 de http://www.dtic.mil/docs/citations/ADA561277

Gallardo. Julio (2014). “Los metales de Tierras Raras, el nuevo oro minero” [versión electrónica]. Informe para la Cámara Minera de Perú. Recuperado el 16 de junio de 2014 de http://www.scribd.com/doc/219950324/Los-Metales-de-Tierras-Raras-El-Nuevo-Oro-Minero-Informe-Completo

Giacalone, Joseph, Greenidge Genai (2013). “China, the World Trade Organization and the Market for Rare Earth Elements” [versión electrónica]. International Business & Economics Research Journal, Vol.12, N° 3, pp. 257-264. Recuperado el 29 de noviembre de 2013 de http://www.cluteinstitute.com

Gu, Bin (2011). “Mineral Export Restraints and sustainable development-are rare earths testing the WTO´s loopholes?” [versión electrónica]. Journal of International Economic LaW, Vol 14, N° 4. Recuperado el 6 de diciembre de 2013 de http://jiel.oxfordjournals.org/

Gupta, Chiranjib, Krishnamurthy, Nagaiyar (2005). Extractive Metallurgy of Rare Earths, EEUU:CRC Press LLC, pp. 484.

Hayes-Labruto, Leslie, Schillebeeckx, Simon, Workman, Mark, Shah, Nilan (2013). “Contrasting perspectives on China’s rare earth policies: reframing the debate through a stakeholder lens” [versión electrónica]. Energy Policy Vol.63, pp.55-68, Recuperado el 6 de diciembre de 2013 de http://yadda.icm.edu.pl/yadda/element/bwmeta1.element.elsevier-7bcb1c5f-08f4-3bb6-9d64-e479ff989035

Hu, Desheng (2012). “China´s Governance of Exhaustible Natural Resources under the WTO era: Taking its REE Governance as a case” [versión electrónica]. 2012 International Conference on Future Energy, Environment, and Materials. Energy Procedia Vol.16, pp. 656 – 660. Recuperada el 29 de noviembre de 2013 de www.sciencedirect.com

Humphries, Mark (2012). “Rare Earth Elements: The Global Supply Chain” [versión electrónica]. Congressional Research Service Report for Congress. Recuperado el 20 de abril de 2014 de www.crs.gov

Iamgold Corporation (2012). Rare Earth Elements. Recuperado el 6 de diciembre de 2013 de http://www.iamgold.com/files/HongKong2012REEPresentationFINAL.pdf

(In)efficient Breach of International Trade Law: The State of the "Free Pass" After China´s Rare Earth Export Embargo [versión electrónica]. Harvard Law Review, Vol. 125, N° 2. Recuperado el 6 de diciembre de 2013 de http://www.questia.com/library/journal/1G1 -275638617/in-efficient-breach-of-international-trade-law-the

Karapinar, Baris (2010). "Exports restrictions and the WTO law: regulatory deficiency or unintended policy space [versión electrónica]. Swiss National Center of Competence in Research. Working paper N° 2010/11. Recuperado el 20 de noviembre de 2013 de http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp4/publications/Karapinar%20-%20Working%20Paper%202010-11.pdf

Karapinar, Baris (2011). "China's export restriction policies: complying with 'WTO plus' or undermining multilateralism" [versión electrónica]. World Trade Review, Vol.10, N° 3, pp. 389 – 408. Recuperado el 4 de diciembre de 2013 de http://www.cesruc.org/uploads/soft/ 130308/1-13030Q55526.pdf

Karapinar, Baris (20129. "Exports restrictions on natural resources: policy options and opportunities for Africa" [versión electrónica]. World Trade Institute. Recuperado el 4 de diciembre de 2013 de http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/news/ TRAPCA%20Paper%20(Submitted1711)_BK.pdf

Kingsnorth, Dudley (2012). "The Global Rare Earths Industry: A Delicate Balancing Act" [versión electrónica]. Center for Research in Energy and Minerals Economics (Curtin University) and Industrial Minerals Company of Australia Pty Ltd. Recuperado el 5 de abril de 2014 de http://treo.typepad.com/files/tms2012-creme-imcoa-djkingsnorth-final.pdf

Liu, Han, Maughan, John (2012). "China´s Rare Earth Export Quotas: Out of the China-Raw Materials gate, but past the WTO´s finish line?" [versión electrónica]. Journal of International Economic Law, Vol.15, N° 4, pp. 971-1005. Recuperado del 29 de noviembre de 2013 de http://jiel.oxfordjournals.org

Mackowski, Steve . "Rare Earths 101. An Introduction to the key issues and important players in the rare earth resource sector". Recuperado el 3 de junio de 2014 de http://www.hastingsraremetals.com/wp-content/uploads/2012/06/Rare-Earths-101.pdf

Morrison, Wayne, Tang, Rachel (2012). “China´s Rare Earth Industry and Export Regime: Economic and Trade Implications for the United States”. Congressional Research Service Report for Congress. Recuperado el 27 de marzo de 2014 de www.crs.gov

Morrison, Wayne (2013). “China-US Trade Issues” [versión electrónica]. Congressional Research Service Report for Congress. Recuperado el 27 de marzo de 2014 de www.crs.gov

OMC (s.f.). El proceso — etapas de un caso típico de solución de diferencias en la OMC. Recuperado el 02 de mayo de 2014 de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ disp_settlement_cbt_s/c6s3p1_s.htm

OMC (1997). Informe del Órgano de Apelación WT/DS22/AB/R, “Brasil-Medidas que afectan al coco desecado” [versión electrónica]. Recuperado el 20 de junio de 2014 de http://www.wto.org

OMC (1998). Informe del Órgano de Apelación DS/58/AB/R, “Estados Unidos- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón” [versión electrónica]. Recuperado el 11 de junio de 2014 de http://www.wto.org

OMC (2008). Informe del Órgano de Apelación DS/332/AB/R, “Brasil- Medidas que afentan a las importaciones de neumáticos recauchados” [versión electrónica]. Recuperado el 11 de junio de 2014 de http://www.wto.org

OMC (2012). Informes del Órgano de Apelación WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R y WT/DS398/AB/R, “China- Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas” [versión electrónica]. Recuperado el 2 de junio de 2014 de www.wto.org

OMC (2014). Informes del Grupo Especial WT/DS431/R, WT/DS432/R y WT/DS433/R, “China-medidas Relacionadas con la Exportación de Tierras Raras, Volframio (Tungsteno) y Molibdeno” [versión electrónica]. Recuperado el 7 de abril de 2014 de www.wto.org

Reino Unido. University of Sheffield (s.f.). Webelements. Recuperado el 29 de marzo de 2014 de www.webelements.com

Smith, Robert (2012). “China´s Rare Earth Policies: Economic Statecraft or Independence?” [versión electrónica]. Dudley Knox Library/ Naval Post Graduate School. Recuperado el 29 de noviembre de 2013 de http://hdl.handle.net/10945/27906

Tse, Pui-Kwan (2011). “China´s Rare Earth Industry” [versión electrónica].US Geological Open-file Report, N° 1042. Recuperado el 20 de abril de 2014 de http://www.usgs.gov/pubprod

Wagner, Markus (2014). “WTO Law and the Right to Regulate: China – Rare Earths” [version electrónica], American Society of International Law. Recuperado el 1 de mao de 2014 de http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/10/wto-law-and-right-regulate-china-%E2%80%93-rare-earths

Wübbeke, Jost (2013). “Rare earth elements in China: Policies and narrative of reinventing an industry” [versión electrónica]. Resource policy N°38, pp. 384-394. Recuperado el 5 de mayo de 2014 de www.elsevier.com

Ya Qin, Julia (2014). ”The Conundrum of WTO Accession Protocols: In Search of Legality and legitimacy” [versión electrónica]. Recuperado el 24 de marzo de 2014 de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2419847