

## **México no tiene la obligación de otorgarle a China estatus de economía de mercado después del 11 de diciembre de 2016: un análisis legal de las implicaciones de la expiración de disposiciones del párrafo 15 del Protocolo de Adhesión de China a la OMC en las investigaciones antidumping**

*Luz Elena Reyes de la Torre e Itziar Esparza Mejía<sup>1</sup>*

30 de agosto de 2016

### **I. Introducción**

China ingresó a la Organización Mundial del Comercio (la “OMC”) el 11 de diciembre de 2001, firmando un protocolo de adhesión que establece los términos y condiciones de la adhesión a la OMC (el “Protocolo”).<sup>2</sup> Dado el reconocimiento de China como una economía de no mercado (“ENM”), en el párrafo 15 del Protocolo China pactó con los miembros de la OMC ciertas reglas en relación con la metodología de comparabilidad de precios y costos aplicables en los procedimientos antidumping y anti-subsidios en contra de importaciones de origen chino, hasta en tanto no demuestre que es una economía de mercado (“EM”).

El párrafo 15 del Protocolo establece la facultad de las autoridades investigadoras de utilizar como base del cálculo del valor normal, o bien los precios y costos de China, o bien una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos de China. También establece que algunas de las disposiciones del propio párrafo 15 quedarían sin efecto en dos escenarios (1) en cualquier momento en el que China demostrara, de conformidad con

---

<sup>1</sup> Luz Elena Reyes de la Torre es la socia líder de la práctica de remedios comerciales en SAI Derecho & Economía (SAI) desde 1998. Itziar Esparza Mejía es Asociada Senior abogada a cargo de los procedimientos sobre remedios comerciales en SAI; las opiniones expresadas son enteramente responsabilidad de las autoras.

<sup>2</sup> Véase el texto completo del Protocolo en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/acc\\_s/completeacc\\_s.htm#chn](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/completeacc_s.htm#chn)

la legislación nacional del Miembro de la OMC importador, que prevalecían condiciones de mercado (en ese caso expiraría todo el apartado a) del párrafo 15); y (2) si 15 años después de la adhesión de China a la OMC, plazo que concluye el 11 de diciembre de 2016, China no podía demostrar que en su economía regían principios de mercado, entonces solo expiraría el inciso a)ii) del párrafo 15.

Las implicaciones de la expiración del apartado a)ii) del párrafo 15 han sido materia de gran debate entre expertos internacionales y representantes de diversos sectores industriales;<sup>3</sup> debate que continúa por la diversidad de interpretaciones, en muchos casos opuestas, y la ausencia de acuerdos generales en relación con las obligaciones que tendrán los países miembros al final de los 15 años con respecto al tratamiento de China en materia de investigaciones antidumping ante el escenario “2”; es decir, en el caso que China **no** pueda demostrar que en el país, en una rama o en una industria china en particular, prevalecen condiciones o principios de EM. Este documento se suma al debate y presenta las implicaciones de nuestra interpretación con respecto a las obligaciones legales para México después del 11 de diciembre de 2016.

## II. El párrafo 15 del Protocolo de adhesión de China a la OMC

### a. Origen y Contexto OMC

El Protocolo forma parte integral del Acuerdo de la OMC,<sup>4</sup> y debe ser entendido como un instrumento legal que estableció las condiciones de ingreso y transición de una economía

---

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Puccio, L., “*Granting Market Economy Status to China. An analysis of WTO law and of selected WTO member’s policy*”, European Parliament, November 2015; “*Market Economy Status for China after 2016?*”, Committee on International Trade Workshop, 28 January 2016; Vermulst, E., Dion Sud, J., and Evenett, S.J., “*Normal Value in Anti-Dumping Proceedings against China Post-2016: Are Some Animals Less Equal Than Others?*”; Miranda, J., “*Interpreting Paragraph 15 of China’s Protocol of Accession*”, Global Trade and Customs Journal, Volume 9, Issue 3, pp. 94-103; la Declaración Conjunta del Instituto del Hierro y el Acero de Estados Unidos, la Asociación de Productores de Acero de Canadá, la Cámara Nacional de la Industria del Hierro y el Acero, la Asociación Latinoamericana del Acero, la Asociación Europea del Acero, el Instituto Aco Brasil, la Industria de Aceros Especiales y el Comité sobre Importaciones de Productos Tubulares, del 5 de noviembre de 2015, entre otros muchos más.

<sup>4</sup> Véase párrafo 1.2 del Protocolo.

cuyas políticas económicas y comerciales se apartaban de los principios básicos de la OMC. Por lo tanto, los 15 años previstos en el párrafo 15 del Protocolo de China deben entenderse como un periodo de transición, es decir, un periodo “... de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto”<sup>5</sup> que en el contexto del párrafo 15 es transitar de una ENM a una EM, esto con el fin de que los otros países miembros de la OMC le otorguen a China el mismo trato que se les da a países con economías de mercado en investigaciones antidumping.

En las negociaciones de adhesión de China a la OMC los países miembros externaron su preocupación por la importante intervención del gobierno en la economía y su efecto distorsionador en los precios internos de China, por lo que señalaron que debían establecerse reglas para asegurar la comparabilidad de precios en procedimientos antidumping en contra de importaciones de origen chino.<sup>6</sup> El párrafo 15 del Protocolo establece reglas que autorizan al miembro importador a utilizar metodologías alternas que permitan eliminar las distorsiones relevantes de los precios y costos de una ENM como la economía China<sup>7</sup> al realizar los cálculos de márgenes de dumping en una investigación antidumping, en tanto China no

---

<sup>5</sup> Definición del sentido habitual del término según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española.

<sup>6</sup> Véase INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA ADHESIÓN DE CHINA, WT/ACC/CHN/49, párrafo “150. Varios miembros del Grupo de Trabajo señalaron que China seguía inmersa en el proceso de transición hacia una plena economía de mercado. Esos miembros observaron que, en esas circunstancias, podría ser especialmente difícil determinar, en una investigación antidumping o en materia de derechos compensatorios, la comparabilidad de los costos y de los precios si se trata de las importaciones de origen chino que realiza un Miembro de la OMC. Esos miembros declararon que, en tales casos, podía ser necesario que el Miembro de la OMC importador tuviera en cuenta la posibilidad de que no siempre sería adecuada una comparación estricta con los costos y precios internos de China.”

<sup>7</sup> Otro ejemplo del reconocimiento en el Protocolo de China como ENM puede verse el párrafo 9 del mismo, donde se establecen las obligaciones de China de eliminar controles de precios y de permitir que los precios sean determinados por fuerzas de mercado. Texto del párrafo 9: “China permitirá que las fuerzas del mercado determinen los precios de las mercancías y servicios de cualquier sector que sean objeto de comercio exterior y eliminará las prácticas de precios múltiples para tales mercancías y servicios”. A pesar de lo anterior, al parecer se espera que el gobierno chino continúe interviniendo en la economía, en particular a la luz de los diversos (más de 70) planes quinquenales de intervención del gobierno chino en diversas industrias. Al respecto véase el estudio elaborado por THINK! DESK China Research & Consulting, Junio 2015, que demuestra con detalle que China es una economía intervenida por el estado. El Profesor Dr. Markus Taube, autor del estudio, concluyó que: “China is not a market economy; state planning and subsidisation are in China’s DNA”. Disponible en: <http://static1.squarespace.com/static/5537b2f8e4b0e49a1e30c01c/t/558bdf42e4b0d78cd28a88dc/1435230018284/Slides+presentation+MES+China+Study-25.6.15.pdf>

transite plenamente a una EM. Eso es la *ratio* del párrafo 15 del Protocolo y hasta el día de hoy para muchos países, incluido México, China sigue siendo una ENM.

Desde la perspectiva jurídica, el proemio del párrafo 15 del Protocolo<sup>8</sup> suspende la aplicación del Artículo VI del GATT, el Acuerdo Antidumping (o “AAD”) y el Acuerdo SMC tratándose de la comparabilidad de los precios para efectos de los cálculos de márgenes de dumping en las investigaciones en contra de China y ordena la aplicación de reglas específicas en los términos y supuestos establecidos en el mismo párrafo 15, hasta que China demuestre que es una EM conforme a los criterios establecidos en la legislación interna de cada país, tal y como lo dispone el apartado d) del párrafo 15.

El origen de estas reglas que se apartan de la “comparación estricta de precios y costos internos” de una ENM, lo encontramos en el GATT, en donde existe un reconocimiento expreso de que pueden existir situaciones particulares que dificulten el cálculo del valor normal utilizando precios internos. Al respecto, la segunda disposición suplementaria del artículo VI del GATT en el Anexo 1 del GATT, la cual es igualmente vinculante que el artículo VI, establece el reconocimiento de las partes contratantes de que en economías intervenidas por el Estado o de no mercado, una comparación exacta con los precios internos del país exportador para el cálculo del valor normal no siempre es apropiada.<sup>9</sup> Dicha disposición suplementaria fue adoptada en 1955 para atender una inquietud de Checoslovaquia – en ese entonces una economía centralizada y controlada por el partido comunista, al igual que la Unión Soviética.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Texto: “En los procedimientos relacionados con importaciones de origen chino en un Miembro de la OMC se aplicarán el artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (“Acuerdo Antidumping”) y el Acuerdo SMC, en conformidad con lo siguiente:”

<sup>9</sup> Texto: “2. Se reconoce que, en el caso de importaciones procedentes de un país cuyo comercio es objeto de un monopolio completo o casi completo y en el que todos los precios interiores los fija el Estado, la determinación de la comparabilidad de los precios a los fines del párrafo 1 puede ofrecer dificultades especiales y que, en tales casos, las partes contratantes importadoras pueden juzgar necesario tener en cuenta la posibilidad de que una comparación exacta con los precios interiores de dicho país no sea siempre apropiada.”

<sup>10</sup> Véase página 10 del Índice Analítico del GATT disponible en: [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gatt\\_ai\\_e/art6\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art6_e.pdf)

Los Informes del Grupo de Trabajo de las adhesiones a la OMC de Polonia (1967), Hungría (1971) y Rumania (1973) (todos ellos países comunistas), contenían respectivamente una mención expresa de que se aplicaría la segunda disposición suplementaria del artículo VI del GATT en investigaciones antidumping contra importaciones de esos países.<sup>11</sup> Hoy el artículo 2.7 del AAD vigente incorpora expresamente la aplicación de la segunda disposición suplementaria referida en las investigaciones antidumping.<sup>12</sup> Es de notar que el AAD vigente (adoptado en 1994) preservó la referencia a la segunda disposición suplementaria aun cuando para esa fecha, por la caída del muro de Berlín (1989) y la desintegración de la URSS (1991), el comunismo había dejado de existir en el nivel totalitario en el que existió décadas anteriores y al que aluden las condiciones de aplicación de dicha disposición, por lo que, con excepción de China en ese momento, ya no existían economías totalmente controladas por el Estado o el partido Comunista, sino diversos niveles de intervención estatal en la economía.

Es por eso que la única forma en que la segunda disposición suplementaria puede tener sentido actualmente es refiriéndose no sólo a economías totalmente controladas por el Estado, donde éste fije todos los precios internos, como era el caso de los países comunistas, sino también a economías de no mercado con diversos niveles de intervención estatal por las que una comparación exacta con los precios internos del país exportador para el cálculo del valor normal no siempre sea apropiada y cuya intervención tiene el mismo efecto sobre precios y costos en una economía a la que se refiere la segunda disposición suplementaria. Es por ello que un gran número de países miembros han recurrido de forma constante al uso de metodologías que no se basan en una comparación exacta con precios internos y existe diversidad de precedentes OMC que amparan dicho uso.

#### **b. Análisis legal de las disposiciones específicas del párrafo 15 del Protocolo**

---

<sup>11</sup> *Ibídem.*

<sup>12</sup> Texto artículo 2.7 del AAD vigente: “2.7 *El presente artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la segunda disposición suplementaria del párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994, contenida en su Anexo I.*”

En el texto del apartado a) del párrafo 15 del Protocolo se establece la obligación<sup>13</sup> de las autoridades investigadoras de utilizar (1) los precios y costos de China, o bien (2) una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos de China, para determinar la comparabilidad de los precios en relación con el cálculo del valor normal en investigaciones antidumping (referida en adelante como “metodología alterna”).

*“a) Para determinar la comparabilidad de los precios, de conformidad con el artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping, el Miembro de la OMC importador **utilizará** o bien los precios o los costos en China de la rama de producción objeto de la investigación, o una **metodología que no se base en una comparación estricta** con los precios internos o los costos en China, **sobre la base de las siguientes normas:**”*

Énf. ntro.

El país importador utilizará la opción 1 (precios internos) o la opción 2 (metodología alterna) “sobre la base” de las normas que se señalan en los incisos i) y ii) del apartado a) del párrafo 15.

El sentido corriente del lenguaje “sobre la base”<sup>14</sup> podría ser interpretado para referirse a que para utilizar precios internos o una metodología alterna, se utilizarán las normas de los incisos i) y ii) durante los 15 años de vigencia pero no significa que esas normas le den existencia a la opción 1 o a la opción 2. Es en el apartado a) donde se establece la existencia de ambas opciones. Si la intención de los que elaboraron el texto hubiera sido que las normas de los apartados a)i) y a)ii) fueran las únicas normas donde se consignaba la utilización de las opciones, entonces se habría usado un lenguaje más parecido a “conforme a lo siguiente” o “sujeto a lo siguiente”, que son formas lingüístico-normativas más restrictivas, pero no “sobre la base”.

---

<sup>13</sup> El texto del párrafo a) dispone una obligación al señalar que un país importador “*utilizará*” una u otra opción, y no utiliza el lenguaje facultativo “*podrá utilizar*”. El texto en inglés es “*shall use*” y no “*may use*”.

<sup>14</sup> El texto en inglés es “*based on*”.

Ahora bien, el apartado a)i) establece que si los productores chinos del producto considerado pueden demostrar claramente que en esa rama de producción prevalecen las condiciones de EM, la autoridad investigadora utilizará los precios o costos en China de esa rama de producción para determinar la comparabilidad de los precios:

*“i) si los productores sometidos a investigación pueden demostrar claramente que en la rama de producción que produce el producto similar prevalecen las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto, el Miembro de la OMC utilizará los precios o costos en China de la rama de producción sometida a investigación para determinar la comparabilidad de los precios;”*

Es importante hacer notar que las autoridades de los países importadores han estado obligadas a aplicar esta norma desde el momento de la adhesión de China a la OMC. Es decir, en cualquier investigación antidumping realizada por un país miembro durante esos 15 años de transición en la que los productores chinos investigados demostraran “claramente” que prevalecían condiciones de mercado en la producción y venta del producto investigado, entonces las autoridades del país importador tenían (y tienen) la obligación de utilizar los precios y costos de China. En estas investigaciones se parte de la presunción, formalizada en el Protocolo, de que en China no operan condiciones de mercado y una vez iniciado el procedimiento, si los productores chinos investigados solicitan que se consideren sus precios y costos, ellos tienen la carga de la prueba de demostrar que en esa industria rigen condiciones de mercado.<sup>15</sup>

Por otra parte, el apartado a)ii), **que es el que expira en diciembre de 2016**, establece que la autoridad investigadora podrá utilizar una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China si los productores chinos no pueden demostrar claramente que prevalecen en la rama de producción que produce el producto similar las condiciones de EM:

---

<sup>15</sup> Hay que hacer notar que la demostración de que en una rama de producción nacional rigen o no condiciones de mercado, deberán hacerse de conformidad con las legislaciones internas del Miembro importador, ya que en la OMC ni en el AAD existen disposiciones relativas a una economía de mercado.

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

Ni el apartado a) ni el apartado a)ii) identifican a la metodología alterna con la de “país sustituto” o “país análogo”; únicamente ordenan la utilización de una “*metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China*”. Esto cobra relevancia ya que diversos autores han pretendido equiparar la metodología alterna exclusivamente con la de país sustituto o país análogo, lo que es un error, pues ésta última existía previa e independientemente del Protocolo en diversas legislaciones internas, incluida la de México, como se expondrá más adelante.

Por último, el inciso d) del párrafo 15 del Protocolo establece tres reglas independientes una de otra:

- 1) La primer regla establece que **si y solo si** China demuestra, conforme a la legislación del país importador, que tiene una EM, entonces se dejarán sin efecto todas las disposiciones del apartado a) (es decir, el texto mismo incluido en a), y las dos secciones a)i) y a)ii), siempre que la legislación del país importador contenga criterios de EM antes de la adhesión de China:

*“d) Una vez que **China haya establecido**, de conformidad con la legislación nacional del Miembro de la OMC importador, que tiene una economía de mercado, se dejarán sin efecto las disposiciones del apartado a) siempre que la legislación nacional del Miembro importador contenga criterios de economía de mercado en la fecha de la adhesión.”* Énf. ntro.

Al dejarse sin efecto todo el apartado (a) entonces China deberá ser tratado como cualquier otro país con EM por una clara razón, porque China logra demostrar que realizó la transición plena a una EM. China puede demostrar que es EM en cualquier momento desde su adhesión. Sin embargo, si se mantiene el inciso a)

después del 11 de diciembre de 2016 entonces **tampoco se elimina la obligación de China de demostrar su condición de EM después de esa fecha**; es decir, no expira ni la presunción de que China sigue siendo una ENM ni expira la carga de la prueba de demostrar lo contrario.

- 2) La segunda regla establece que en cualquier escenario, la sección (ii) del apartado a) expirará el 11 de diciembre de 2016:

*“En cualquier caso, las disposiciones del **apartado a) ii) expirarán una vez transcurridos 15 años desde la fecha de la adhesión.**” Énf. ntro.*

Esta regla dispone expresamente que expirará únicamente el apartado a)ii), pero el resto del texto del apartado a) y el apartado a)i)) sobreviven después de dicha fecha.

- 3) La tercera regla establece que en adición a las dos reglas anteriores, **si y solo si** China demuestra, de conformidad con la legislación del país importador, que en una rama de producción o en un sector determinado existen condiciones de EM, dejarán de aplicarse a esa rama de producción o sector las disposiciones del apartado a) referentes a las ENM:

*“Además, en caso de que China establezca, de conformidad con la legislación nacional del Miembro de la OMC importador, que en una rama de producción o en un sector determinado prevalecen unas condiciones de economía de mercado, dejarán de aplicarse a esa rama de producción o sector las disposiciones del apartado a) referentes a las economías que no son de mercado.”*

El texto refiere a todas las disposiciones del apartado a), esto es, el texto mismo del apartado a) y el de las secciones i) y ii) que dejarán de ser aplicables a aquellos sectores o ramas en las que China demuestre que operan condiciones de EM. China puede demostrar lo anterior en cualquier momento desde su adhesión.

Respecto a las reglas 1 y 3 antes descritas, el Protocolo es claro en señalar que China debe demostrar que operan condiciones de mercado **conforme a la legislación de cada miembro importador**,<sup>16</sup> otorgándole la prerrogativa a los países de establecer en su legislación interna los criterios a demostrar respecto a una EM, “*siempre que la legislación nacional del Miembro importador contenga criterios de economía de mercado en la fecha de la adhesión*”.<sup>17</sup>

En el caso de México, la legislación mexicana ha contenido criterios para determinar si una economía es EM desde antes de la adhesión de China a la OMC.<sup>18</sup> Hasta el día de hoy, China no ha demostrado conforme a la legislación mexicana que es una EM, ni México ha otorgado a China dicho estatus,<sup>19</sup> como lo han hecho otros países por razones políticas o como resultado de negociaciones de tratados comerciales. Por tanto, los supuestos normativos establecidos en el apartado d) son aplicables a las investigaciones antidumping iniciadas en México en contra de importaciones de origen chino.

### **III. Implicaciones de la expiración del apartado a)ii) del párrafo 15 del Protocolo.**

Las implicaciones de la expiración del apartado a)ii) del párrafo 15 del Protocolo han sido materia de amplio debate e interpretaciones contrarias por parte de abogados, académicos, representantes de industrias y de gobiernos (p.e., la Comisión Europea, el Departamento de Comercio de los EUA y del propio gobierno chino). En el apartado siguiente presentamos nuestra postura respecto a las principales cuestiones en debate y las implicaciones de esta interpretación en la legislación y práctica antidumping en México.

---

<sup>16</sup> Lo anterior debido a que no existen criterios de EM en la legislación OMC.

<sup>17</sup> Véase apartado d) del Párrafo 15 del Protocolo.

<sup>18</sup> Véase Art. 48 del RLCE publicado en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 29 de diciembre de 2000. Este artículo fue modificado en la reforma al RLCE de mayo de 2014, conservando los mismos criterios de EM. Art. 48 del RLCE tras la reforma de 2014.

<sup>19</sup> Si bien un país puede conferirle vía diplomática estatus de economía de mercado a un país aun sin demostrar los criterios bajo las leyes domésticas, en el caso de México no ha operado ningún reconocimiento en favor de China, ni vía técnica-legal ni vía diplomática.

**A. México no está obligado a otorgarle a China estatus de EM en automático al expirar el apartado a)ii).**

La cuestión principal puesta en debate por el propio gobierno chino es que, conforme a su interpretación, la expiración del apartado a)ii) obliga a todos los países miembros de la OMC a otorgarle a China en automático estatus de EM a partir del 11 de diciembre de 2016.

Esta interpretación **no es sostenible** por las siguientes razones:

- a. La interpretación del gobierno chino deja sin efecto el objeto y fin de los apartados a), a)i) y d) del párrafo 15 del Protocolo que no expiran, y desconoce que el Protocolo establece claramente que éstos sobreviven. Si la intención de los redactores del texto hubiera sido concederle a China estatus de EM al expirar cierto plazo para efectos de investigaciones antidumping y anti-subsidios, el Protocolo hubiera dispuesto expresamente la eliminación o expiración de todo el párrafo 15, y no sólo del apartado a)ii) del párrafo 15. Por tanto, dicha interpretación es contraria a las reglas de interpretación de los tratados consignadas en la Convención de Viena<sup>20</sup>, que exigen que las disposiciones de los tratados sean interpretadas teniendo en cuenta su objeto y fin y de forma que surtan efectos las disposiciones supervivientes.<sup>21</sup>
- b. Es por ello que no es sostenible que la eliminación del a)ii) implique la eliminación de la presunción de que China siga siendo considerada ENM después

---

<sup>20</sup> Véase artículo 31 de la Convención de Viena. Texto: “*Artículo 31. Regla general de interpretación* 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

<sup>21</sup> *Ibíd.*

del 11 de diciembre de 2016. Si fuera así, entonces no tendría sentido el apartado d) del párrafo 15 (que no expira), que establece directamente la carga de la prueba a China de “establecer” en cualquier momento, en primer lugar, que prevalecen condiciones de mercado en China como tal; y en segundo lugar, que prevalecen condiciones de mercado en un sector o rama específico.

- c. Por último, también se debe considerar que el apartado a)i) sobrevive, y éste señala claramente que son los productores chinos investigados los que deben demostrar que en el sector o rama investigada operan condiciones de EM para que la autoridad esté obligada a utilizar sus precios. Es insostenible que la expiración del apartado a)ii) tenga como consecuencia también la expiración del apartado a)i).
- d. En conclusión, es muy claro que al expirar el apartado a)ii) no tiene como consecuencia que China se convierta en una EM por decreto. Al contrario, persiste expresamente la obligación de ser ella quien demuestre que sí es una EM conforme a la legislación interna del país importador.

Previamente a la publicación de este documento, en el marco de la reunión del Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC sostenida el pasado 14 de julio, aparentemente China ya reconoció que los países Miembros de la OMC no estarán obligados a otorgarle estatus de EM en automático a fines de 2016 tras la expiración del apartado a)ii), lo cual significa un cambio radical de la postura oficial que había sostenido en varios foros durante el último año. Este cambio de postura de China es sensato ante la evidente falta de soporte jurídico de su interpretación original. A pesar de lo anterior, China persiste en sostener que, independientemente de su estatus de EM, los países miembros ya no tendrán fundamento legal para poder aplicar metodologías que no se basen en una comparación estricta con sus precios internos al expirar el apartado a)ii). No estamos de acuerdo con esta postura, según se expone a continuación.

**B. Al expirar el apartado a)ii) no se elimina el fundamento legal para utilizar metodologías alternas en casos antidumping en contra de importaciones de origen chino.**

Una interpretación que ha encontrado adeptos en el ámbito internacional,<sup>22</sup> incluyendo al gobierno chino, es que al expirar el apartado a)ii) se elimina el único fundamento legal de una autoridad investigadora para poder utilizar metodologías alternas para el cálculo de valor normal en investigaciones contra importaciones chinas.

Consideramos que esta interpretación no es correcta por las siguientes razones:

- a. El apartado a)ii) no es la única disposición donde se consigna la posibilidad del uso de metodologías alternas, ya que también se establece en el texto del apartado a), y éste no expira. Incluso, el apartado a) establece una “obligación”<sup>23</sup> para el país importador, de utilizar ya sea precios internos (opción 1) o una metodología alterna (opción 2), y los apartados a)i) y a)ii) sólo consignan normas “sobre la base” de las cuales cumplir esa obligación.
- b. En virtud de que el fundamento legal para utilizar metodologías alternas se encuentra en el texto del apartado a), al expirar el apartado a)ii) no se elimina la posibilidad de utilizar una metodología alterna, y su aplicación se determina por negación de la aplicación del apartado a)i) que sobrevive. Es decir, el a)i) contiene el supuesto sobre la base del cual se utilizarán los precios internos chinos, pero si no se cumple ese supuesto, se debe recurrir a la segunda opción establecida en el apartado a), que es la metodología alterna. De otra forma se le privaría de eficacia a la utilización de la metodología alterna que sobrevive en el apartado a).

---

<sup>22</sup> Véase Watson, W. en “*It’s time to dump Nonmarket Economy Treatment*”, Free Trade Bulletin, 9 de marzo 2016; véase también Nicely, M.; Graafsma, F., citados por J. Miranda en “*More on why granting china market economy status after Dec 2016 is contingent upon whether China has in fact transitioned into a market economy*”, Forthcoming, Global Trade and Customs Journal.

<sup>23</sup> Véase supra 13.

Considerar que al expirar el apartado a)ii) no se elimina la posibilidad legal de utilizar una metodología alterna cobra mucho sentido si recordamos el objetivo y fin del párrafo 15,<sup>24</sup> que es eliminar el efecto distorsionador al calcular márgenes de dumping con base en un valor normal basado en precios o costos internos en China siendo ésta una ENM.<sup>25</sup>

Por tanto, mientras China sea una ENM persistirán las distorsiones que imperan en los precios y costos de mercados intervenidos y no se eliminarán por decreto al cumplir el plazo de 15 años desde la adhesión. Si fuere así, ¿qué valor normativo se le concedería a las disposiciones del apartado d) del párrafo 15 que obligan a China a demostrar objetivamente sobre bases legales del país importador que es una EM? ¿Simplemente se obviaría su cumplimiento?

Además, si se considera que la posibilidad de utilizar metodologías alternas se eliminara, se crearía un incentivo perverso para las ENM que firman protocolos de adhesión a la OMC con párrafos similares al párrafo 15 del Protocolo,<sup>26</sup> de simplemente dejar transcurrir el plazo pactado sin realizar las transformaciones en sus políticas económicas y comerciales de conformidad con los principios básicos de la OMC, para que el resto de países miembros estén impedidos de utilizar una metodología alterna al cabo de 15 años desde su adhesión. Por ello, en el caso de China, conceder que muera la posibilidad de utilizar metodologías alternas

---

<sup>24</sup> Que son criterios de interpretación que ordena la Convención de Viena antes citada. Véase supra 21.

<sup>25</sup> Esta situación no sólo se reconoce en el Protocolo, sino en la segunda disposición suplementaria del Artículo VI del GATT en el Anexo I del mismo, como ya comentamos. No negamos que el alcance de aplicación de esta disposición ha generado debate, ya que bajo una interpretación textual se podría acotar su aplicación únicamente a aquellas economías totalmente controladas por el estado. No obstante, esa interpretación privaría de eficacia a la disposición pues hoy en día no existen tales economías, sino diversas economías con distintos niveles de intervención estatal; además, obviaría su objeto y fin, que es eliminar distorsiones en el cálculo del valor normal que se originan en economías de no mercado. Por esos motivos resulta comprensible que la segunda disposición suplementaria haya sido adoptada en el AAD de 1994 vía el artículo 2.7. Consideramos que el alcance de la aplicación de dicha disposición deberá ser interpretado mediante órganos de solución de controversias, y éstos deberán tomar en cuenta no sólo el texto literal, sino el objeto y fin de la disposición conforme a los principios de interpretación de la Convención de Viena. Dado que el presente ensayo no tiene por objeto elaborar sobre el alcance de la segunda disposición suplementaria, por el momento nos basta con sostener que dicha disposición es el texto OMC que establece primigeniamente la facultad de las autoridades investigadoras de utilizar una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos de un país con economía de no mercado para el cálculo del valor normal en investigaciones antidumping. Independientemente de lo anterior, la premisa que sostenemos en este ensayo es que el fundamento legal de esa facultad en el caso de investigaciones contra China se preserva en el Protocolo mismo.

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, los protocolos de adhesión a la OMC de Tajikistan o Vietnam.

sería “premiarla” y “autorizar” que siga manteniendo políticas distorsionadoras del comercio en perjuicio del resto de los países miembros de la OMC; **eso constituiría un trato discriminatorio, pero a favor de China.**

**C. La autoridad mexicana podrá continuar utilizando metodologías alternas establecidas en la legislación interna, por estar acorde al Protocolo y disposiciones OMC.**

Dado que la posibilidad de utilizar metodologías alternas se conserva en el apartado a), la autoridad investigadora puede continuar usando la legislación interna que esté acorde al Protocolo y demás disposiciones OMC. Recordemos que ni el Protocolo ni otras disposiciones OMC especifican qué metodología alterna se utilizará, es decir, no se establece en ninguna disposición de esos ordenamientos que la metodología alterna a usar deba ser la de país sustituto o análogo, y tampoco lo prohíbe. Por tanto, no existe impedimento legal para que en el caso de México se continúe utilizando la metodología de país sustituto consignada en la legislación interna o bien, alguna otra metodología notificada ante la Comisión de Prácticas Antidumping según lo ordena el artículo 18.5 del AAD.

La legislación mexicana ha contenido desde antes de la adhesión de China a la OMC disposiciones sobre ENM y disposiciones sobre la metodología de país sustituto para calcular valor normal tratándose de economías centralmente planificadas.<sup>27</sup> México notificó ante el Comité de Prácticas Antidumping de la OMC dichas disposiciones conforme al artículo 18.5 del Acuerdo Antidumping y están conformes con las disposiciones OMC,<sup>28</sup> tal y como lo ordena el artículo 18.4 del AAD.

---

<sup>27</sup> Véase Art. 48 del RLCE de la reforma del 29 de diciembre de 2000.

<sup>28</sup> Las notificaciones hechas por México al Comité de Prácticas Antidumping de la OMC de conformidad con el artículo 18.5 del AAD constan en los documentos G/ADP/N/1/MEX/1, disponible en <http://enforcement.trade.gov/trcs/downloads/documents/mexico/G-ADP-N-1-MEX-1-18MAY95.pdf>, G/ADP/N/1/MEX/1/Suppl.1, disponible en: <http://enforcement.trade.gov/trcs/downloads/documents/mexico/G-ADP-N-1-MEX-1-Suppl1-31JAN01.pdf>, y G/ADP/N/1/MEX/1/Suppl.5 disponible en <http://enforcement.trade.gov/trcs/downloads/documents/mexico/GADPN1MEX1S5.pdf>.

El hecho que la legislación mexicana haya contenido previo a la adhesión de China dichos criterios y disposiciones garantiza, además, que no se trate de reglas *ad hoc* para el caso de China, lo cuál sería notoriamente violatorio del principio de no discriminación que rige a la OMC. Por el contrario, las disposiciones en la legislación mexicana sobre EM y país sustituto están diseñadas para aplicar de forma no discriminatoria a cualquier economía que no cumpla con criterios de EM, y se encuentran acordes con la legislación OMC y el Protocolo mismo.

Consecuentemente, las disposiciones legales mexicanas que se le aplican a cualquier otro país de ENM y la metodología de país sustituto se le aplicará a China hasta en tanto China no demuestre que operan en su economía en general o en un sector o rama específicos, condiciones de EM conforme a la legislación mexicana.

En conclusión, la posibilidad de utilizar una metodología alterna sobrevive en el apartado a) del párrafo 15 del Protocolo y la autoridad investigadora mexicana puede continuar utilizando la metodología de país sustituto establecida en su legislación interna y que está acorde a la OMC u otras que se notifiquen al Comité de Prácticas Antidumping acordes a la OMC, en tanto China no demuestre conforme a legislación mexicana que es una EM.

Esta invocación del derecho interno no implica de manera alguna un incumplimiento a las obligaciones OMC de México<sup>29</sup> en virtud de que:

- (i) el fundamento legal que faculta a las autoridades investigadoras a utilizar metodologías alternas no se elimina, sino que sobrevive en el apartado a) del párrafo 15 del Protocolo;
- (ii) tampoco muere la presunción de China como ENM, pues sobrevive en el apartado d) y en el a)i) que siguen ordenando que China es quien debe demostrar que es una EM bajo la legislación interna del país importador si quiere que se utilicen sus precios internos, los productores chinos siguen teniendo la carga de la prueba;

---

<sup>29</sup> Véase artículo 27 de la Convención de Viena. Véase también el Informe del Grupo Especial, Estados Unidos- Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior, párrafo 7.80.

- (iii) la legislación interna mexicana contiene supuestos de EM y metodología de país sustituto tratándose de investigaciones contra cualquier otro país de ENM y está plenamente acorde con la legislación OMC, por lo que la autoridad investigadora mexicana puede continuar utilizando la legislación interna hasta en tanto China no demuestre que es una EM conforme a las leyes mexicanas.

**D. Es insostenible que opere una reversión de la carga de la prueba al solicitante de demostrar que en la rama investigada de China operan condiciones de ENM; la carga probatoria sigue recayendo en los productores chinos investigados.**

Existen interpretaciones que defienden que al expirar el inciso a)ii) del Protocolo, se termina la posibilidad de aplicar metodologías alternas al comparar precios y costos de China y en automático implica que se concluye la presunción de que China es una ENM y por lo tanto se le otorga el trato de EM en todas las investigaciones antidumping a partir del 12 de diciembre de 2016.<sup>30</sup> Por las razones descritas en los párrafos anteriores consideramos que se trata de una postura insostenible.

También hay posturas que podrían calificar como híbridas, por ejemplo la que denominamos como la “reversión de la carga de la prueba a los solicitantes” o la “reversión perversa”. Es una postura híbrida porque por un lado sostiene dos aspectos de la postura que defendemos en este ensayo (1) que la expiración del a)ii) del Protocolo no obliga a otorgar a China *per se* el estatus de EM y (2) que la posibilidad de utilizar metodologías alternas continúa al sobrevivir los apartados a) y a)i). Según estas posturas al expirar el apartado a)ii), existe una especie de “reversión de la carga de la prueba” de los exportadores chinos a los solicitantes respecto a que prevalecen condiciones de ENM en la rama o sector investigado chino.<sup>31</sup> Lo anterior

---

<sup>30</sup> Véase William, W., “It’s time to dump nonmarket economy treatment”, *Free Trade Bulletin*, March 9, 2016 y Graafsma, F. et. al., 2014 “In re China’s Protocol of Accession and the Anti-Dumping Agreement: Temporary Derogation or Permanent”, *Global Trade and Journal*, Volume 9, Issue 4, pág 154-159.

<sup>31</sup> Véase Miranda, J., 2016, “Implementation of the “Shift in burden of proof” approach to interpreting paragraph 15 of China’s protocol of accession”, *Global Trade and Journal*, *Forthcoming*.

implica que se elimina la presunción de que China es una ENM y, por lo tanto, cambia radicalmente el punto de partida en las investigaciones antidumping con respecto a las condiciones en que operan los mercados en China. Bajo esta postura, a partir del 12 de diciembre de 2016 la presunción es que en China operan condiciones de EM y, por lo tanto, serían los solicitantes los que tendrían que demostrar, al presentar una solicitud de investigación antidumping, que en la rama o sector del producto investigado en China no operan condiciones de mercado.

Consideramos que esta postura presenta los siguientes problemas:

- a. Desde su adhesión, y tal cual se reconoció en el Informe del Grupo de Trabajo de Adhesión de China,<sup>32</sup> existe una presunción de que China es una ENM. Esta presunción es evidente en el apartado a)i), que sobrevive, mismo que establece claramente que en cada investigación antidumping, la carga de la prueba de que en la rama de producción específica del producto investigado prevalecen las condiciones de una EM, recae en los productores chinos investigados.
- b. Al sobrevivir los apartados a)i) y d) después del 11 de diciembre de 2016, es insostenible afirmar que cambia la presunción del estatus de China como ENM y que exista esa especie de reversión de la carga de la prueba hacia los solicitantes. Eso no lo dice el texto, ni lo implica ni se puede interpretar al prevalecer o sobrevivir el apartado a)i) que dice todo lo contrario a esta postura.
- c. Por lo tanto, si prevalece el a)i) es porque China no demostró como país ser una EM de acuerdo con el apartado d). Por tanto, después del 11 de diciembre de 2016 en cada investigación antidumping la carga de la prueba sobre si rigen condiciones de mercado en cada rama de producción investigada seguirá recayendo en los productores chinos investigados. Es claro que esta carga de la

---

<sup>32</sup> Véase párrafo 150 del INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA ADHESIÓN DE CHINA, WT/ACC/CHN/49, referido supra 6.

prueba es consecuencia directa de que también prevalece, como punto de partida de la investigación, la presunción de que China es una ENM

- d. No vemos fundamento ni justificación ni racionalidad alguna para sostener que la extinción del a)ii) implique la eliminación de la presunción de que China es una ENM y que se revierte la carga de la prueba al solicitante de demostrar que en la rama de producción china considerada operen condiciones de ENM, ya que el apartado d) del párrafo 15 que sobrevive sigue estableciendo claramente que la carga de la prueba de demostrar que operan condiciones de mercado corresponde a China.
- e. Si así se interpretara perdería eficacia lo establecido en las reglas 1 y 3 del apartado d), lo cual es contrario a las reglas de interpretación de tratados conforme a la Convención de Viena,<sup>33</sup> que exigen que se tome en cuenta el texto mismo del acuerdo (es decir, los apartados a)i) y d) del párrafo 15), y el objeto y fin del mismo, que es precisamente que China demuestre que es una EM conforme a la legislación interna del país importador, con el fin de que se integre plenamente a la comunidad de comercio internacional que conforma la OMC y atentaría en contra de los principios del comercio libre y sin distorsiones, que son los pilares fundamentales para alcanzar el pleno desarrollo económico mundial que la OMC ha abrazado desde su origen.
- f. Son insostenibles las posiciones que interpretan y defienden que el objeto y fin de la expiración del apartado a)ii) del Protocolo sea que se le “perdone” a China demostrar que culminó su transición de una ENM a una EM o que rigen condiciones de mercado en ramas o sectores investigados, y se le arroje esa carga probatoria al resto de países miembros, sabiendo que una de las consecuencias de la fuerte intervención estatal en China es la distorsión de los precios y costos

---

<sup>33</sup>

Véase supra 21.

internos y la falta de información hacia el resto del mundo, además de que textualmente el Protocolo persiste en remitirle esa carga probatoria a China. Es difícil sostener que si China no cumplió con el tránsito pleno de una ENM a una EM en el periodo de transición de 15 años, entonces que la propia OMC obligue al resto de sus miembros a que se le “conceda” a China trato de EM sin haber cumplido las obligaciones impuestas para formar parte de la OMC.

#### **IV. Conclusiones**

Por lo anterior, concluimos que al expirar el apartado a)ii) del párrafo 15 del Protocolo de China:

- a. México no está obligado a otorgarle a China en automático estatus de economía de mercado; subsiste la obligación de China de demostrar que es una EM en términos de la legislación mexicana;
- b. no se elimina el fundamento legal para que la autoridad investigadora mexicana pueda utilizar metodologías que no se basen en una comparación estricta con los precios internos de China. Ese fundamento legal se conserva en el apartado a) del párrafo 15 del Protocolo;
- c. la autoridad investigadora mexicana puede continuar utilizando la metodología de país sustituto establecida en la legislación interna (i.e., artículo 33 de la LCE y en el artículo 48 del RLCE) y no violaría sus obligaciones internacionales al hacerlo por estar acorde a las disposiciones OMC, hasta en tanto China no demuestre que es una economía de mercado conforme a legislación mexicana.
- d. la autoridad investigadora en México no tiene obligación de hacer reformas a legislación interna vigente.

Finalmente, entendemos que la expiración del apartado a)ii) es un tema muy complejo que pudiera tener varias interpretaciones admisibles, causando por tanto mucha incertidumbre

jurídica para los actores del mundo de remedios comerciales, ya sean gobiernos, empresas, abogados, académicos. Precisamente por esta situación, es deseable que sea en el ámbito multilateral en el que se resuelva respecto a los efectos y alcance de la expiración del apartado a)ii).

Mientras eso no suceda, México no incumpliría con la OMC de mantener su práctica actual porque no es claro qué disposición se trasgrediría o a qué obligación estaría faltando México. Por ello sostenemos que mantener la práctica actual no será violatoria de sus obligaciones internacionales en tanto China no demuestre al finalizar la transición de 15 años que en su economía rigen condiciones de mercado.