

5.5.4 Resumen general

5.281. Sugiero respetuosamente que resultaría beneficioso para el sistema de solución de diferencias que los futuros litigantes, y los grupos especiales en cumplimiento del mandato que les impone el artículo 11 del ESD, siguieran teniendo en cuenta las opiniones separadas como la presente y los informes anteriores pertinentes del Órgano de Apelación, sin considerar ni las unas ni los otros como necesariamente concluyentes.

6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

6.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación formula las constataciones y conclusiones siguientes.⁸³⁷

6.1 El mandato del Grupo Especial

6.2. El Grupo Especial evaluó correctamente el alcance de las medidas comprendidas en su mandato en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 basándose en los criterios de su relación desde el punto de vista de la naturaleza, las fechas y los efectos.

- a. Por consiguiente, confirmamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.320, 7.347, 8.1.g y 8.1.h.i-ii, iv y vi de su informe, de que los exámenes posteriores en litigio y la determinación definitiva en la investigación inicial Paneles solares estaban comprendidos en el mandato del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

6.2 Párrafo 1 a) 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC

6.3. El elemento central de una indagación sobre la condición de organismo público en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no es si el *comportamiento* que supuestamente da lugar a una contribución financiera en el sentido de los incisos i) a iii) o de la primera cláusula del inciso iv) -es decir, la transacción particular en cuestión- está "conectado lógicamente" a una "función gubernamental" identificada. Más bien, la indagación pertinente radica en la *entidad* que tiene ese comportamiento, sus características fundamentales y su relación con el gobierno, consideradas a la luz del entorno normativo y económico reinante en el Miembro de que se trate. Ello está en conformidad con el hecho de que un "gobierno" (en sentido estricto) y un "organismo público" comparten un grado de elementos comunes o de coincidencias en sus características esenciales, es decir, ambos poseen o ejercen facultades gubernamentales o están dotados de ellas. Una vez que se ha establecido que una entidad es un organismo público, el comportamiento de esa entidad será directamente atribuible al Miembro de que se trate a los efectos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Aunque el comportamiento de una entidad puede constituir una prueba pertinente para evaluar sus características fundamentales, una autoridad investigadora no necesariamente tiene que centrarse en cada uno de los comportamientos que pueda tener la entidad pertinente, ni en si cada uno de esos comportamientos está conectado a una "función gubernamental". Por tanto, el Grupo Especial procedió correctamente al rechazar la lectura que hace China del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en el sentido de que exige que una autoridad investigadora indague sobre si una entidad ejerce una función gubernamental cuando tiene uno de los comportamientos específicos enumerados en los incisos i) a iii) y en la primera cláusula del inciso iv).

- a. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.36 y 7.106 de su informe, de que el criterio jurídico aplicable a las determinaciones de la condición de organismo público en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC no prescribe una conexión de un grado o una naturaleza concretos que haya que establecer necesariamente entre una función gubernamental identificada y la contribución financiera concreta en cuestión.
- b. Asimismo, confirmamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.36 de su informe, de que "China no ha demostrado que las determinaciones de la condición de organismo público formuladas por el USDOC en los procedimientos en virtud del

⁸³⁷ En la sección 5.5 del presente informe se expone la opinión separada de un Miembro de la Sección en relación con la condición de organismo público, el beneficio y la especificidad.

artículo 129 pertinentes sean incompatibles con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC porque se basen en un criterio jurídico inadecuado".

- c. Tras haber confirmado las constataciones interpretativas del Grupo Especial, no seguimos examinando las alegaciones adicionales de China con respecto a las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.72, 7.103 y 7.105-7.106 de su informe.

6.4. El Grupo Especial constató correctamente que el Memorándum sobre los organismos públicos guarda una "relación estrecha" con la "medida [declarada como] destinada a cumplir", a saber, las determinaciones de la condición de organismo público formuladas por el USDOC en los procedimientos en virtud del artículo 129 pertinentes, y con las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial. El Grupo Especial también tuvo razón en que China no podría haber impugnado el Memorándum sobre los organismos públicos en el marco de su reclamación en el procedimiento inicial.

- a. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.120 de su informe, de que el Memorándum sobre los organismos públicos está comprendido, "en sí mismo", en el ámbito del presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

6.5. La alegación que China ha planteado en apelación con respecto a la compatibilidad del Memorándum sobre los organismos públicos "en sí mismo" con las normas de la OMC se basa en su lectura de que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 exige, en todos los casos, el establecimiento de una "conexión lógica clara" entre una "función gubernamental" identificada por la autoridad investigadora y el comportamiento que supuestamente da lugar a la contribución financiera.

- a. Tras haber rechazado esta lectura del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, no seguimos examinando la alegación de China concerniente a la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.1.b de su informe, de que China no ha demostrado que el Memorándum sobre los organismos públicos sea incompatible "en sí mismo" con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1.
- b. Tampoco seguimos examinando las alegaciones de los participantes concernientes a las constataciones intermedias del Grupo Especial que dieron lugar a esa conclusión, a saber: i) la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.133 de su informe, de que el Memorándum sobre los organismos públicos "puede ser impugnado 'en sí mismo' como regla o norma de aplicación general o prospectiva"; y ii) la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.142 de su informe, de que "el Memorándum sobre los organismos públicos no restringe en grado importante las facultades discrecionales del USDOC para actuar de manera compatible con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1". Por consiguiente, la conclusión del Grupo Especial de que China no ha demostrado que el Memorándum sobre los organismos públicos sea incompatible "en sí mismo" con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 se mantiene.

6.3 Párrafo 1 b) del artículo 1 y apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC

6.6. No estamos de acuerdo con la afirmación de China de que las circunstancias que podrían justificar el recurso a precios de fuera del país en el marco del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC se limitan a aquellas en las que el gobierno en realidad determina el precio al que se vende el bien, incluidos, más específicamente, los casos en que el gobierno fija los precios administrativamente, es el único proveedor del bien o posee y ejerce un poder en el mercado como proveedor del bien de modo que se cause que los precios de los proveedores privados se ajusten al precio determinado por el gobierno. En una indagación realizada en el marco del apartado d) del artículo 14 para identificar un punto de referencia adecuado con respecto al beneficio, la cuestión fundamental es si los precios internos están distorsionados como resultado de la intervención del gobierno. Lo que permitiría a una autoridad investigadora rechazar los precios internos es una constatación de la existencia de una distorsión de los precios resultante de la intervención del gobierno en el mercado, no la existencia de la intervención del gobierno propiamente dicha. Hay diferentes tipos de intervenciones del gobierno que podrían tener como resultado una distorsión de los precios, de modo tal que esté justificado recurrir a los precios de fuera del país, además de la situación en la que el gobierno en realidad determina el precio al que se vende el bien.

La determinación de si los precios internos están distorsionados debe hacerse caso por caso, sobre la base de las pruebas pertinentes de la investigación específica de que se trate y teniendo en cuenta las características del mercado examinado, y la naturaleza, cantidad y calidad de la información que obre en el expediente.

- a. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.174 de su informe, de que el apartado d) del artículo 14 no limita la posibilidad de recurrir a precios de fuera del país a la situación en que el gobierno en realidad determina el precio al que se vende el bien.

6.7. El tipo específico de análisis que debe realizar una autoridad investigadora a efectos de obtener un punto de referencia adecuado en el marco del apartado d) del artículo 14, así como los tipos y la cantidad de pruebas que se considerarían suficientes a este respecto, variarán necesariamente dependiendo de varios factores en las circunstancias de cada caso. Sin embargo, en todos los casos, la autoridad investigadora debe establecer y explicar adecuadamente la manera en que la distorsión de los precios es realmente el resultado de la intervención del gobierno. Puede haber distintas formas de demostrar que los precios están realmente distorsionados, con inclusión de una evaluación cuantitativa, un método de comparación de precios, un análisis hipotético o un análisis cualitativo. Si bien las pruebas de una repercusión directa de la intervención del gobierno en los precios pueden hacer que la constatación de distorsión de los precios sea probable, las pruebas de una repercusión indirecta también pueden ser pertinentes. Al mismo tiempo, establecer el vínculo entre esa repercusión indirecta de la intervención del gobierno y la distorsión de los precios puede requerir un análisis y una explicación más detallados. Con independencia del método que la autoridad investigadora elija, es preciso que tenga debidamente en cuenta los argumentos y las pruebas aportados por los solicitantes y los declarantes, así como todas las demás informaciones obrantes en el expediente, de forma que su determinación de la manera en que los precios en los mercados concretos en cuestión están efectivamente distorsionados como resultado de la intervención del gobierno se base en pruebas positivas. El razonamiento del Grupo Especial está en consonancia con nuestra interpretación del apartado d) del artículo 14. También estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que "[l]a autoridad investigadora debe explicar la manera en que la intervención gubernamental en el mercado *tiene como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se aparten del precio determinado por el mercado", en la medida en que aclara que la autoridad investigadora debe formular una constatación de distorsión de los precios resultante de la intervención del gobierno. En suma, no consideramos que el Grupo Especial exigiera que se realice un único tipo de análisis cuantitativo o de comparación de precios en todos los casos.

6.8. Con respecto a la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.206 de su informe, de que "el USDOC no explicó la manera en que la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado", entendemos que el Grupo Especial ha rechazado por insuficiente y problemática la determinación del USDOC de que los precios en la totalidad de los sectores del acero y del polisilicio de grado solar en China no pueden utilizarse como puntos de referencia con respecto al beneficio, al no haber una evaluación específica de la manera en que la intervención del gobierno había tenido como resultado una distorsión de los precios en los cuatro mercados de los insumos en cuestión. Además, entendemos que al Grupo Especial le preocupaba que el análisis que realizó el USDOC en el Memorándum sobre los puntos de referencia se centrara en la omnipresencia de la participación del gobierno en la toma de decisiones de las empresas con inversión estatal de China en general y en el sector del acero en su conjunto, y no en *de qué manera* específicamente esta participación influyó en las decisiones adoptadas en materia de precios en relación con los insumos en cuestión y tuvo como resultado una distorsión de los precios con respecto a las determinaciones de que se trata. Por consiguiente, a nuestro entender, el análisis que hizo el Grupo Especial de las determinaciones en litigio le llevó a concluir que el USDOC no dio una explicación razonada y adecuada de la manera en que las intervenciones generalizadas del gobierno descritas en el Memorándum sobre los puntos de referencia tuvieron como resultado la distorsión de los precios internos en los mercados de los insumos específicos y con respecto a los productos específicos objeto de cada una de las determinaciones del USDOC impugnadas en litigio.

6.9. Con respecto a la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.220 de su informe, de que "el USDOC no explicó adecuadamente su rechazo de los precios internos a la luz de las pruebas que tenía ante sí", entendemos que el Grupo Especial consideró que el rechazo por el USDOC de los precios internos fue simplemente consecuencia de sus constataciones de la existencia de distorsión del mercado en el sector del acero en general, que el Grupo Especial consideró que no

daban una explicación razonada y adecuada de la manera en que la intervención del gobierno tuvo como resultado una distorsión de los precios. Además, si bien el elemento central del análisis realizado por el USDOC en el Memorandum sobre los puntos de referencia y el subyacente al informe Ordoover eran diferentes, las explicaciones alternativas y los datos sobre precios obrantes en el expediente pueden no obstante haber sido pertinentes para examinar si existió efectivamente una distorsión de los precios en los mercados de los insumos en cuestión. Sin embargo, en las determinaciones del USDOC no se explica por qué, a la luz de los datos sobre precios y las explicaciones alternativas, la conclusión a que llegó respecto de todo el sector del acero es necesariamente aplicable a todos los mercados de los insumos específicos. Además, habría sido pertinente que el USDOC hubiese tenido en cuenta en su análisis los datos sobre los precios de Mysteel relativos a los insumos específicos obrantes en el expediente y que hubiese examinado en qué medida afectaban a sus conclusiones de existencia de distorsión de los precios. Por último, al evaluar si sería posible realizar un análisis del ajuste de precios en la Determinación definitiva del punto de referencia, el USDOC desestimó los datos sobre precios obrantes en el expediente en gran medida sobre la base de su conclusión anterior de que todos los precios internos del acero en China estaban distorsionados por la intervención del gobierno, que no podía constituir por sí misma una base suficiente para rechazar la pertinencia de los datos de Mysteel.

- a. Por consiguiente, constatamos que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación y aplicación del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC al constatar que el USDOC no explicó, en los procedimientos en virtud del artículo 129 OCTG, Paneles solares, Tubos de presión y Tubos, de qué manera la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado.
- b. Además, constatamos que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su constatación de que, en los procedimientos en virtud del artículo 129 Tubos de presión, Tubos y OCTG, el USDOC no consideró datos sobre precios obrantes en el expediente.
- c. En consecuencia, confirmamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.223-7.224 y 8.1.c de su informe, de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC en los procedimientos en virtud del artículo 129 OCTG, Paneles solares, Tubos de presión y Tubos.

6.4 Párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC

6.10. A nuestro entender, cuando una autoridad investigadora formula una constatación de especificidad *de facto* basándose en un análisis de si ha tenido lugar "la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas", la consideración del período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones presupone que se ha identificado debidamente el programa pertinente. Por consiguiente, no estamos de acuerdo con los Estados Unidos en la medida en que parecen indicar que se puede constatar que una autoridad investigadora ha *cumplido* la prescripción establecida en el párrafo 1 c) del artículo 2 de considerar la "duración" de un programa de subvenciones *independientemente* de si en primer lugar ha identificado debidamente ese programa. Tampoco estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial estuviera obligado a *limitar* su análisis al examen de la "duración" de los programas de subvenciones pertinentes realizado por el USDOC, sin considerar si este había identificado debidamente esos programas, ya sea en el contexto de las investigaciones iniciales o en el de los procedimientos en virtud del artículo 129 pertinentes.

6.11. Con respecto a la interpretación y aplicación del párrafo 1 c) del artículo 2 que hizo el Grupo Especial, estamos de acuerdo con este en que, si bien "las pruebas de la existencia de 'una serie de acciones sistemáticas' pueden ser especialmente pertinentes en el contexto de un *programa no escrito*, el mero hecho de que se hayan proporcionado contribuciones financieras a determinadas empresas no es suficiente para demostrar que esas contribuciones financieras se han otorgado de conformidad con un plan o sistema a los efectos del párrafo 1 c) del artículo 2". El examen del análisis realizado por el USDOC que hizo a continuación el Grupo Especial se centró adecuadamente en la cuestión de "si la información en que se basó el USDOC respalda su constatación de una serie de acciones sistemáticas que prueban la existencia de un plan o sistema conforme al cual se han proporcionado las subvenciones". Además, en sus constataciones, el Grupo Especial contrastó

acertadamente la omisión del USDOC de explicar "la existencia de una actividad *sistemática* ... [relativa a] la existencia de un programa de subvenciones no escrito" con información que el USDOC tenía ante sí, que señalaba simplemente la existencia de "transacciones *repetidas*". Por consiguiente, no estamos de acuerdo con los Estados Unidos en la medida en que aducen que el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del criterio que ha de aplicarse en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2. Tampoco estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación de la expresión "programa de subvenciones" al considerar que significa un "programa de subvenciones sistemático" constituido "íntegramente por actos de subvención", en el que *cada* suministro de un insumo por el gobierno otorga un beneficio al receptor. También estamos en desacuerdo con los Estados Unidos en la medida en que alegan que la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2 estaba basada en una lectura aislada del análisis de la especificidad realizado por el USDOC. Antes bien, entendemos que la preocupación del Grupo Especial ha sido que el razonamiento del USDOC y sus referencias a los "programas de subvenciones" eran de carácter genérico y no abordaban suficientemente el sector del acero o el suministro de los insumos en el contexto de las determinaciones específicas en litigio. A ese respecto, no correspondía al Grupo Especial "realizar un examen *de novo* de las pruebas" o "sustituir las conclusiones de las autoridades competentes por las suyas propias".

- a. Habida cuenta de lo que antecede, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.293 y 8.1.e de su informe, de que China ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC en los procedimientos en virtud del artículo 129 Tubos de presión, Tubos, Cortadoras de césped, Estanterías para la cocina, OCTG, Torón, Tubos sin soldadura, Papel para impresiones gráficas, Extrusiones de aluminio, Cilindros de acero y Paneles solares.

6.12. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD solicite a los Estados Unidos que pongan las medidas que, en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, han sido declaradas incompatibles con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo SMC, en conformidad con ese Acuerdo.

Firmado en el original en Ginebra el 1º de julio de 2019 por:

Thomas R. Graham
Presidente de la Sección

Ujal Singh Bhatia
Miembro

Shree B.C. Servansing
Miembro