

ORGANIZACIÓN RMM546 1Z 9.2.50EAYT2TIALGANIZACIÓN

I.	Introducción	1
II.	Argumentos de los participantes y terceros participantes	5
A.	<i>Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos - Apelante</i>	5
1.	Párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> - "Productos similares"	5
b)	Usos finales.....	6
c)	Gustos y hábitos de los consumidores	7
2.	Párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> - "Trato no menos favorable"	10
3.	Párrafo 12 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> - "Plazo prudencial"	16
B.	<i>Argumentos de Indonesia - Apelado</i>	18
1.	Párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> - "Productos similares"	18
a)	Usos finales.....	19
b)	Gustos y hábitos de los consumidores	20
2.	Párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> - "Trato no menos favorable"	24
3.	Párrafo 12 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> - "Plazo prudencial"	28
C.	<i>Argumentos de los terceros participantes</i>	31
1.	Brasil.....	31
2.	Colombia.....	32
3.	Unión Europea	33
4.	México	35
5.	Noruega.....	37
6.	Turquía.....	38
III.	Cuestiones planteadas en esta apelación.....	39
IV.	Antecedentes	41
V.	Párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	44
A.	<i>Introducción</i>	44
B.	<i>La constatación del Grupo Especial de que la legislación de los Estados Unidos viola el artículo 2 del Acuerdo OTC</i>	44

2.	"Trato no menos favorable" a tenor del párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	73
3.	Productos comprendidos en la comparación del "trato no menos favorable"	79
4.	Ámbito temporal de la comparación del "trato no menos favorable"	85
a)	Aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	85
b)	Artículo 11 del ESD.....	88
5.	Efecto perjudicial en los productos importados.....	89
a)	Aplicación del párrafo 1 del artículo 2	91
b)	Artículo 11 del ESD.....	95
6.	Conclusión sobre el "trato no menos favorable"	97
D.	<i>Conclusiones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC</i>	97
VI.	Párrafo 12 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	98
A.	<i>Introducción</i>	98
B.	<i>El valor del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha como instrumento de interpretación</i>	99
C.	<i>La constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC</i>	111
VII.	Constataciones y conclusiones.....	119
Anexo I	Notificación de una apelación presentada por los Estados Unidos, WT/DS406/6	

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>CE - Sardinias</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinias</i> , WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/AB/R, adoptado el 1° de junio de 2011
<i>Chile - Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Impuestos a las bebidas</i>

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS2/AB/R
<i>Estados Unidos - Gluten de trigo</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero</i> , WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>Filipinas - Aguardientes</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Filipinas - Impuestos sobre los aguardientes</i> , WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptados el 20 de enero de 2012

Filipinas - Aguardientes
Informes del Grupo Especial, *Filipinas - Impuestos sobre los aguardientes*, WT/DS396/R / WT/DS403/R, adoptados el 20 de enero de 2012, modificados

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Descripción
<i>Acuerdo OTC</i>	<i>Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio</i>
<i>Acuerdo sobre la OMC</i>	<i>Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio</i>
Artículo 907(a)(1)(A)	Artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA (enmendada por la FSPTCA), codificado en el <i>Código de los Estados Unidos</i> , título 21, capítulo 9,

Abreviatura	Descripción
Orientaciones de la FDA	Orientaciones para la rama de producción y el personal de la FDA, "Preguntas y respuestas generales sobre la prohibición de cigarrillos que contienen aromas característicos (segunda edición)", 23 de

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
Ó

comunicación del apelado.¹⁹ El 26 de enero de 2012, el Brasil, Colombia, México, Noruega, Turquía y la Unión Europea presentaron sendas comunicaciones en calidad de tercero participante.²⁰ En esa misma fecha, Guatemala y la República Dominicana notificaron su intención de comparecer en la audiencia como terceros participantes.²¹

9. En apelación, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que habían actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En particular, sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales eran productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. Los Estados Unidos impugnan también la constatación del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares. Alegan además que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al llegar a esas constataciones. Los Estados Unidos alegan también que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que habían actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al no prever un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). Los Estados Unidos apelan condicionalmente contra el recurso por el Grupo Especial, en su evaluación de las alegaciones de Indonesia basadas en el párrafo 2 del artículo 2, a la jurisprudencia elaborada en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, para el supuesto de que Indonesia apele contra la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos no actuaron de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Indonesia no ha formulado otra apelación respecto de ninguna cuestión al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En consecuencia, no se cumple la condición en que los Estados Unidos basan su apelación contra las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2.

10. El Órgano de Apelación recibió dos escritos *amicus curiae* en relación con esta apelación: uno el 24 de enero de 2012 de la Campaign for Tobacco-Free Kids (Campaña en favor de una infancia sin tabaco), la American Academy of Pediatrics (Academia Estadounidense de Pediatría), la American Cancer Society (Sociedad Estadounidense contra el Cáncer), la American Cancer Society Cancer Action Network (la Red de Acción contra el Cáncer de la Sociedad Estadounidense contra el Cáncer), la American Lung Association (Asociación Estadounidense contra las Enfermedades Pulmonares), la American Medical Association (Asociación Médica Estadounidense) y la American Public Health Association (Asociación Estadounidense de Salud Pública), y otro el 26 de enero

¹⁹ Conforme a la Regla 22 de los *Procedimientos de trabajo*.

²⁰ Conforme al párrafo 1 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

²¹ Conforme al párrafo 2 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

de 2012 del O'Neill Institute for National and Global Health Law (Instituto O'Neill de Legislación Sanitaria Nacional y Mundial) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown. La Sección del Órgano de Apelación que entendía en la apelación dio a los participantes y terceros participantes la oportunidad de expresar sus opiniones sobre los escritos *amicus curiae* antes mencionados. La Sección no consideró necesario basarse en esos escritos para adoptar su decisión.

11. El 25 de enero de 2012, el Presidente de la Sección recibió una carta de la Directora General de la Organización Mundial de la Salud (la "OMS") en la que expresaba su interés y ofrecía asistencia técnica en esta apelación en las esferas abarcadas por el mandato de la OMS. La Sección agradeció su carta a la Directora General de la OMS e indicó que reflexionaría sobre la necesidad de dicha asistencia. La Sección pidió a los participantes y terceros participantes que formularan observaciones sobre la carta de la OMS. Entre los participantes, los Estados Unidos presentaron observaciones, y, entre los terceros participantes, la Unión Europea hizo observaciones. Habida cuenta de que las partes habían aportado al expediente del Grupo Especial una cantidad considerable de documentación relativa a los instrumentos jurídicos de la OMS y la labor de la OMS en la esfera del control del tabaco, y teniendo presente el mandato en materia de apelación que le encomendaba el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, la Sección no consideró necesario solicitar asistencia a la OMS.

12. La audiencia de la presente apelación se celebró los días 9 y 10 de febrero de 2012. Los participantes y seis de los terceros participantes (Brasil, Colombia, Guatemala, México, Noruega y Turquía) formularon declaraciones orales iniciales. Posteriormente, los participantes y terceros participantes respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección que entendía en la apelación.

II. Argumentos de los participantes y terceros participantes

A. Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos - Apelante

1. Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC - "Productos similares"

13. Los Estados Unidos alegan en apelación que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación específica de la expresión "productos similares" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y solicitan al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial a ese respecto. En particular, aunque están de acuerdo con el enfoque general adoptado por el Grupo Especial en su análisis del producto similar (consistente en determinar la similitud sobre la base de los criterios tradicionales de "similitud" y teniendo en cuenta la disposición

jurídica en cuestión y la naturaleza relacionada con la salud pública de la medida que se impugna)²², los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial llevó a cabo un análisis "incompleto y erróneo" con respecto a dos de los criterios tradicionales de "similitud", a saber, los usos finales y los gustos y hábitos de los consumidores.²³

b) Usos finales

14. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al no realizar un análisis completo de los diferentes usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados y al concluir que el uso final de ambos productos es "ser fumados".²⁴ En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial desestimó indebidamente los posibles usos finales distintos indicados por los Estados Unidos, a saber, satisfacer la adicción a la nicotina y crear una experiencia placentera asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo²⁵, y basó erróneamente su conclusión final en un "análisis excesivamente restringido".²⁶

15. Los Estados Unidos sostienen que un grupo especial, al realizar un análisis de los usos finales, debe tener en cuenta los diferentes usos de los productos en cuestión, y no sólo el uso que es un "denominador común" de los productos. A este respecto, los Estados Unidos se prevalecen de las declaraciones del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto*, según las cuales "un grupo especial también debe examinar los demás usos finales, *diferentes*, de los productos" y "[s]ólo formándose el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto, puede evaluar un grupo especial la importancia del hecho de que los productos compartan un número limitado de usos finales".²⁷ A juicio de los Estados Unidos, nadie discute que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados se utilizan para fumar, pero el Grupo Especial limitó indebidamente su análisis al examen exclusivo de ese uso común de los productos, pasando por alto otros usos finales pertinentes. Los cigarrillos mentolados, afirman los Estados Unidos, se utilizan para "satisfacer la adicción a la nicotina de millones de fumadores en los Estados Unidos", mientras que los cigarrillos de clavo de olor se utilizan principalmente "para la experimentación y en entornos sociales especiales" y, por lo general, en el mercado estadounidense no se fuman para satisfacer la adicción a la nicotina.²⁸

²² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 37 y 41.

²³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 42.

²⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 43 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.199).

²⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 44.

²⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 45.

²⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 45 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 119 (las cursivas figuran en el original)).

²⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 46.

16. Los Estados Unidos discrepan además del hecho de que el Grupo Especial rechace los

actuales como parte de su análisis. A juicio de los Estados Unidos, al hacer caso omiso del modo en que los consumidores actuales perciben y utilizan los productos en litigio, el Grupo Especial limitó erróneamente el alcance de los gustos y hábitos de los consumidores a un único aspecto del fundamento de salud pública del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA (el uso por los jóvenes) y no tuvo en cuenta el otro aspecto (la utilización por los fumadores adultos), con lo que invalidó los gustos y hábitos de los consumidores como criterio significativo.³⁵ De conformidad con el principio enunciado por el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial estaba obligado examinar las pruebas relacionadas con cada uno de los criterios expuestos en el informe del Grupo de Trabajo del GATT sobre *Ajustes fiscales en frontera*, y a sopesar "todas las pruebas pertinentes".³⁶ En consecuencia, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial cometió un error fundamental al excluir *a priori* un elemento esencial del análisis de los gustos y hábitos de los consumidores.³⁷

19. Además, los Estados Unidos sostienen que, dada la naturaleza específica de la presente diferencia, los gustos y hábitos de los consumidores adultos actuales son de suma importancia. En primer lugar, el artículo 907(a)(1)(A) establece distinciones de reglamentación entre los cigarrillos basadas no sólo en su atractivo para los fumadores potenciales, sino también en sus usos por los fumadores adultos actuales. La prohibición de los

"no era directamente comparable", sin examinar debidamente esos datos con arreglo a su valor probatorio.⁵⁰ A juicio de los Estados Unidos, los datos de los estudios eran especialmente importantes porque aportaban pruebas sobre el modo en que los consumidores y los consumidores potenciales "utilizaban y percibían los diferentes cigarrillos *en los Estados Unidos*".⁵¹ Además, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial basó sus conclusiones enteramente en especulaciones y conjeturas, sin ningún respaldo probatorio en el

producto nacional similar no prohibido -los cigarrillos mentolados-, con lo que llegó a la "conclusión errónea" de que se da a los cigarrillos de clavo de olor indonesios un trato menos favorable que el

olor fueran prohibidos y que un único producto nacional similar (los cigarrillos mentolados) no lo fuera no responde por sí solo a la pregunta de si hay un trato menos favorable. En este caso, los Estados Unidos sostienen que la prohibición afectó a algunos productos importados y nacionales, pero "no afectó a otros productos nacionales e importados similares".⁶²

25. Además, en la medida en que el Grupo Especial opinó que estaba constreñido por su mandato a examinar únicamente los productos mencionados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia⁶³, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que Indonesia, como parte reclamante, "establece el ámbito de los productos que deben compararse"⁶⁴ -a saber, "los cigarrillos de clavo de olor importados *con* los cigarrillos mentolados nacionales"-.⁶⁵ Si bien el mandato define las medidas y alegaciones que puede examinar un grupo especial, no define el alcance de los productos pertinentes que deben ser analizados con respecto a una alegación de discriminación, ni limita las defensas que puede invocar una parte demandada.⁶⁶ Los Estados Unidos señalan que la cuestión de qué productos debían compararse en el análisis del trato menos favorable fue objeto de argumentación entre las partes en la presente diferencia, y subrayan que el reclamante no puede limitar *a priori* el alcance de la comparación seleccionando los productos en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.

26. En segundo lugar, los Estados Unidos discrepan de la afirmación del Grupo Especial de que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados."⁶⁷ Los Estados Unidos sostienen que esa afirmación responde a una "aplicación errónea de la norma jurídica" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶⁸ El Grupo Especial "restring[ió] indebidamente el análisis jurídico" cuando limitó la comparación a los productos que se encontraban en el mercado en el momento en que entró en vigor la prohibición, sin tener en cuenta los años anteriores o posteriores. El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no contiene una "limitación temporal rígida" de las pruebas que puede examinar un grupo especial al realizar un análisis del trato menos favorable.⁶⁹ Por consiguiente, el Grupo Especial debería haber tenido en cuenta el hecho de que en los años anteriores a la fecha de entrada en vigor de

⁶² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 85. (subrayado en el original)

⁶³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2.

⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 87.

⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 86 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.147 (las cursivas figuran en el original)).

⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 87.

⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 90 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.289).

⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 91.

⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 91.

la prohibición había cigarrillos nacionales con aromas característicos, aparte de los mentolados.⁷⁰ Además, el Grupo Especial desestimó erróneamente el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) se promulgó, de manera específica, "para responder a una tendencia *emergente*

extranjero de los productos. Incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que el Grupo Especial identificó adecuadamente los productos importados y nacionales similares que debían compararse, su análisis de la cuestión de si el trato menos favorable otorgado a los cigarrillos de clavo de olor guardaba relación con el origen de los productos importados fue erróneo.⁷⁵

29. A juicio de los Estados Unidos, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, un reglamento técnico puede imponer costos o cargas asociados a productos

productores extranjeros con los evitados por "cualquier entidad estadounidense".⁸¹ En cualquier caso, sostienen los Estados Unidos, la constatación del Grupo Especial no demuestra que el efecto perjudicial que pudiera haber para las condiciones de competencia de los cigarrillos de clavo de olor en comparación con los cigarrillos mentolados guardase relación con el origen nacional de los productos importados. De hecho, los costos que podrían derivarse para los Estados Unidos de una prohibición de los cigarrillos mentolados -es decir, "la posible repercusión en el sistema de atención sanitaria y la posible aparición de un mercado negro y del contrabando de cigarrillos mentolados"⁸²- se mantendrían invariables independientemente del lugar en que se produjeran los cigarrillos mentolados, e incluso si todos los cigarrillos mentolados se importaran.⁸³

31. Además, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con los deberes que le impone el artículo 11 del ESD al constatar, sin una base probatoria adecuada⁸⁴, que el artículo 907(a)(1)(A) no impone "*ningún* costo a *ninguna* entidad estadounidense".⁸⁵ Los Estados Unidos recuerdan que el artículo 11 exige que los grupos especiales se abstengan de formular "constataciones afirmativas que no tengan fundamento en las pruebas contenidas en el expediente".⁸⁶ En la presente diferencia, sostienen los Estados Unidos, no había fundamento para que el Grupo Especial concluyera que la medida evita costos para cualquier entidad estadounidense, como lo subraya el hecho de que el Grupo Especial "apenas citó el expediente".⁸⁷ Según los Estados Unidos, el Grupo Especial pasó por alto el hecho de que la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos (la "FDA") estaba encargada de hacer cumplir la medida, por lo que se derivaban "costos" para ella en su calidad de entidad estadounidense.⁸⁸ Además, el Grupo Especial no tuvo en cuenta que el efecto de la medida en la producción estadounidense era "preventivo y puso fin a un mercado potencial que los productores estadounidenses estaban explorando activamente", ni el hecho de que, al reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, el artículo 907(a)(1)(A) reduce la demanda de todos los tipos de cigarrillos y, por consiguiente, "contrae el mercado estadounidense de cigarrillos para adultos".⁸⁹

⁸¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 106.

⁸² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 107 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.289).

⁸³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 107.

⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 113.

⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 109. (las cursivas figuran en el original)

⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 110 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 181).

⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 110.

⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 110.

⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 111.

3. Párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC - "Plazo prudencial"

32. Los Estados Unidos alegan que el análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* contiene tres errores que dieron lugar a que constataste, incorrectamente, que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2. En primer lugar, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial atribuyó a la Decisión Ministerial de Doha sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación⁹⁰ (la "Decisión Ministerial de Doha") un "valor como instrumento de interpretación" incorrecto al interpretar el sentido del párrafo 12 del artículo 2. En segundo l

Ministerial, por lo que la Conferencia Ministerial no pudo haber actuado sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías, como prescribe el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* para la adopción de interpretaciones multilaterales de acuerdos que figuran en el Anexo 1 de dicho Acuerdo.

35. En segundo lugar, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial constató incorrectamente que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 cuando no había acreditado que el plazo no era prudencial habida cuenta del efecto en la capacidad de los Miembros exportadores para adaptarse a las prescripciones del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA.⁹⁶ Los Estados Unidos sostienen que Indonesia no presentó nunca ninguna prueba o argumento jurídico que demostrara que el período de tres meses previsto por los Estados Unidos menoscabó la capacidad de productor extranjero alguno, incluidos los productores indonesios, para adaptarse a las prescripciones del artículo 907(a)(1)(A).⁹⁷

36. Los Estados Unidos aducen además que, "[a]un suponiendo, a efectos de argumentación, que el Grupo Especial actuó correctamente al concluir que los elementos de la presunción *prima facie* podían inferirse exclusivamente del párrafo 5.2", el Grupo Especial incurrió en error al constatar que Indonesia había logrado establecer una presunción *prima facie* de conformidad con los términos de ese párrafo⁹⁸, porque Indonesia habría tenido que acreditar "con pruebas y argumentos" que el artículo 907(a)(1)(A) se refiere a una situación "normal" y no constituye uno de los casos no urgentes en que sería razonable un plazo más corto.⁹⁹ Sostienen que Indonesia habría tenido que establecer también que "prever un plazo de al menos seis meses no haría que el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 3.8(ctores indonesc)7.6(o)-1.8(m)8.2(p)mubidaTfpárle"9i42o 7(6le un lu 0 Tas(p)mubidaTff

demuestra lo que el Grupo Especial alegó que debía demostrar Indonesia: que un plazo de seis meses haría que el cumplimiento del objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) fuera factible".¹⁰²

38. En tercer lugar, los Estados Unidos alegan que, incluso si Indonesia estableció una presunción *prima facie*, el Grupo Especial constató indebidamente que los Estados Unidos no habían refutado esa presunción. A juicio de los Estados Unidos, "sea cual fuere el peso"¹⁰³ que se atribuya a la Decisión Ministerial de Doha, Indonesia estaba obligada a establecer una presunción *prima facie* con arreglo a

jurídico.¹⁰⁷

más de un uso final, sino que simplemente llegó a la conclusión de que los productos en cuestión en el presente asunto no tenían los usos finales especí

de encuestas y dedicó dos párrafos y cinco notas de pie de página de su informe a explicar que los datos de las encuestas no daban orientaciones claras sobre la comparación de los gustos y hábitos de los consumidores ya que los parámetros de investigación variaban de una encuesta a otra.¹³² Indonesia mantiene que el enfoque adoptado por el Grupo Especial con respecto a las pruebas obtenidas de las encuestas difícilmente equivale a excluirlas *a priori*, sino que el Grupo Especial, actuando dentro de sus facultades discrecionales, sencillamente no dio la misma importancia que los Estados Unidos a las pruebas sobre los fumadores adultos adictos.¹³³

47. Indonesia sostiene además que el Grupo Especial no formuló constataciones de hecho positivas que no estuvieran basadas en pruebas. Considera que aunque el Grupo Especial no se basó en determinadas pruebas presentadas por los Estados Unidos, identificó y se basó en otras pruebas obrantes en el expediente que demuestran que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados eran cigarrillos de "habituación" o "iniciación" que atraen a los jóvenes.¹³⁴ Según Indonesia, el Grupo Especial describió metódicamente varias fuentes de prueba (la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos (FDA), la Asociación de Neumología de los Estados Unidos, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud y el Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco) que indican que los cigarrillos aromatizados atraen a los fumadores jóvenes y principiantes porque sus aromas característicos enmascararan la aspereza del tabaco. Basándose en estas pruebas el Grupo Especial llegó a la conclusión de que se percibe que todos esos cigarrillos aromatizados son vehículos para empezar a fumar.¹³⁵

48. Por último, Indonesia añade que el Grupo Especial no cometió un error flagrante al abstenerse de atribuir el mismo peso que pretendían los Estados Unidos en lo que se refiere a las tasas de adicción al consumo de cigarrillos de clavo de olor y cigarrillos mentolados por los jóvenes y los adultos. Remitiéndose a los informes del Órgano de Apelación en *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, *Australia - Salmón* y *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, Indonesia subraya que los grupos especiales disponen de "amplio margen"¹³⁶ para decidir qué pruebas van a tener en cuenta al evaluar la validez de las alegaciones y que la decisión de un grupo especial de no apoyarse en algunos de los hechos alegados por una de las partes no constituiría en sí misma un

¹³² Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 104 (donde se hace referencia al

error de derecho.¹³⁷ En conclusión, Indonesia solicita al Órgano de Apelación que rechace las alegaciones de los Estados Unidos relativas a las constataciones del Grupo Especial sobre los gustos y hábitos de los consumidores y que confirme la determinación del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son productos similares a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹³⁸

2. Párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* - "Trato no menos favorable"

49. Indonesia alega que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que, de conformidad con el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, los cigarrillos de clavo de olor importados reciben un trato menos favorable que los cigarrillos mentolados nacionales a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En concreto, Indonesia sostiene que el Grupo Especial no cometió error alguno al identificar los productos que había que comparar para

productos a efectos de comparación en su análisis del trato menos favorable.¹⁴² Además, como ninguna de las partes adujo ante el Grupo Especial que los cigarrillos de clavo de olor eran similares a cigarrillos con otros aromas característicos, si el Grupo Especial hubiera incluido en su análisis cigarrillos con aromas característicos distintos del clavo de olor y el mentol, habría formulado una constatación sobre una alegación que no se le había sometido y por tanto habría actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.¹⁴³

51. Indonesia rechaza también la afirmación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial limitó incorrectamente el ámbito de los productos que se debían comparar sobre la base de su mandato. Indonesia descarta este argumento por considerarlo especulativo y subraya que el Grupo Especial se refirió a su mandato en el contexto de su análisis de los productos similares.¹⁴⁴ El Grupo Especial nunca previó la posibilidad de que se pudieran incluir en el análisis de los productos similares cigarrillos aromatizados distintos de los

"irrelevante"¹⁴⁸

cigarrillos de clavo de olor podía explicarse por factores que no guardaban relación con su origen extranjero. Indonesia observa que la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 ofrece orientaciones útiles en la presente diferencia¹⁵⁴ y que, con arreglo a esa disposición, un análisis del trato menos favorable solamente supone determinar si una medida produce el efecto de modificar las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados.¹⁵⁵ Según Indonesia, la alegación de los Estados Unidos de que no existe trato menos favorable cuando el efecto perjudicial en un producto importado no se puede atribuir a su origen extranjero, sino a algún otro factor, se basa en una "interpretación errónea" del informe del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*.¹⁵⁶ Indonesia sostiene que, sobre esta base, los Estados Unidos están "intentan[do] crear un nuevo criterio" cuando insinúan que únicamente sería posible constatar la existencia de trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* si los efectos perjudiciales de la medida están vinculados al origen extranjero del producto importado de que se trate.¹⁵⁷ De hecho, en ningún informe de grupos especiales ni del Órgano de Apelación se ha exigido nunca en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 "la prueba de un 'trato menos favorable' y una segunda prueba de que el trato en cuestión se otorgue 'en función del origen nacional'".¹⁵⁸ Dicho de otra manera, Indonesia sostiene que la conclusión del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor importados son tratados menos favorablemente que los cigarrillos mentolados nacionales -porque los primeros están prohibidos en el mercado estadounidense mientras que los segundos no- basta por sí misma para constatar que los Estados Unidos actuaron de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹⁵⁹

55. Además, Indonesia no está de acuerdo con la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD,

¹⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 169 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.268, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137; y al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96).

¹⁵⁵ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 172 (donde se hace referencia a la declaración inicial de Indonesia en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 26 y 58; a la respuesta de Indonesia a la pregunta 52 del Grupo Especial; y a

cuando constató, sin un fundamento probatorio suficiente, que el artículo 907(a)(1)(A) no impuso costo alguno a ninguna entidad estadounidense. Indonesia sostiene que en el expediente había pruebas que demostraban que: i) la excepción aplicable a los cigarrillos mentolados en virtud de la medida en litigio se debió a un acuerdo político con la industria estadounidense del tabaco y a un esfuerzo destinado a proteger empleos nacionales¹⁶⁰; y ii) que la única razón para excluir los cigarrillos mentolados de la prohibición era ahorrar a los Estados Unidos los costos que en caso contrario se podrían derivar de ello.¹⁶¹ Al evaluar y sopesar esas pruebas, el Grupo Especial evaluó los hechos dentro de los límites de sus facultades discrecionales y por tanto no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

3. Párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC - "Plazo prudencial"

56. Indonesia sostiene que el Grupo Especial atribuyó al párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha un valor correcto como instrumento de interpretación y constató debidamente que Indonesia estableció una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que los Estados Unidos no lograron refutar.¹⁶²

57. En primer lugar, Indonesia sostiene que los Estados Unidos alegan incorrectamente que el Grupo Especial se abstuvo de determinar formalmente si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es una "interpretación autorizada" adoptada por la Conferencia Ministerial de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC. Según Indonesia, el Grupo Especial "concluyó con claridad" que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es una "interpretación vinculante".¹⁶³ Además, Indonesia discrepa de los Estados Unidos en que la Conferencia Ministerial, al adoptar el párrafo 5.2, no actuó previa recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías, como exige el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC. Según Indonesia, el preámbulo de la Decisión Ministerial de Doha indica que la Decisión y las interpretaciones en ella contenidas se adoptaron sobre la base de debates celebrados en el Consejo General y los órganos subsidiarios de la OMC.

¹⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 187 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 118; S. Saul, "Cigarette Bill Treats Menthol with Leniency", New York Times, 13 de mayo de 2008 (Prueba documental 87 presentada por Indonesia al Grupo especial); y S. Saul, "Bill to Regulate Tobacco Moves Forward", New York Times, 3 de abril de 2008 (Prueba documental 88 presentada por Indonesia al Grupo Especial)).

¹⁶¹ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 189 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.289, donde a su vez se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 23-25; y la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 40, 89 y 109 del Grupo Especial).

¹⁶² Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 195.

¹⁶³ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 196 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.575).

58. En respuesta al argumento de los Estados Unidos de que la Decisión Ministerial de Doha es "a lo sumo"¹⁶⁴ un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*, Indonesia sostiene que el Grupo Especial determinó correctamente que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es un "un acuerdo ulterior entre las partes" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*.¹⁶⁵ Por otra parte, Indonesia aduce que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del término "normalmente" del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha. Según Indonesia, el Grupo Especial concluyó correctamente que se debe interpretar que el término "normalmente" significa "en condiciones normales o habituales; por lo general".¹⁶⁶

59. En segundo lugar, Indonesia sostiene que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Según Indonesia, los Estados Unidos aducen incorrectamente que el Grupo Especial basó su constatación de que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* "exclusivamente" en el texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha.¹⁶⁷ Indonesia sostiene que el informe del Grupo Especial demuestra sin lugar a dudas que éste consideró tanto el párrafo 2 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* como el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha.¹⁶⁸ Aduce que el Grupo Especial lo "expuso categóricamente" cuando señaló que "Indonesia ha[bía] persuadido al Grupo Especial de que, a la luz del párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, un plazo inferior a seis meses no era prudencial en las circunstancias del presente asunto".¹⁶⁹

60. En respuesta al argumento de los Estados Unidos de que Indonesia no presentó pruebas ni argumentos de que el plazo de tres meses perjudicaba a la capacidad de los productores indonesios para adaptarse a las prescripciones del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, Indonesia sostiene que presentó argumentos y pruebas suficientes para establecer una presunción de que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con la obligación que les corresponde en virtud del párrafo 12 del artículo 2.¹⁷⁰ Según Indonesia, efectivamente "estableció una presunción *prima facie* de que el plazo de 90 días previsto por los Estados Unidos era considerablemente inferior a los seis meses"

¹⁶⁴ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 205 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 126).

¹⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 206.

¹⁶⁶ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafos 220 y 221.

¹⁶⁷ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 223 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 128).

¹⁶⁸ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 227.

¹⁶⁹ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 230 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.594).

¹⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 233.

normalmente exigidos.¹⁷¹ Indonesia sostiene que, de acuerdo con los elementos estipulados en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, así como en la interpretación vinculante de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, Indonesia expuso en sus comunicaciones escritas y orales, y en las pruebas documentales que presentó al Grupo Especial, argumentos jurídicos y pruebas para fundar la presunción de que su reclamación contra los Estados Unidos al amparo del párrafo 12 del artículo 12 era legítima.¹⁷² En consecuencia, Indonesia sostiene que el Grupo Especial no cometió error jurídico alguno al constatar que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

61. En tercer lugar, en lo que concierne a la alegación de los Estados Unidos de que, incluso

especial, como cuestión de derecho, está obligado a pronunciarse en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*".¹⁷⁷

C. *Argumentos de los terceros participantes*

1. Brasil

63. En términos generales el Brasil está de acuerdo con las opiniones expresadas por el Grupo Especial en relación con el criterio jurídico aplicable para evaluar la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. A juicio del Brasil, la inexistencia de una disposición similar al párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, combinada con el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC*, parece indicar que los objetivos de un reglamento técnico deben desempeñar una función importante para determinar las características de productos que, según se alega, son similares.¹⁷⁸ A pesar de que en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no se hace referencia directa a los objetivos legítimos del reglamento técnico, el Brasil observa que la utilización de un concepto analítico general para informar todos los párrafos de una disposición es una cuestión que ya ha sido aceptada en la jurisprudencia de la OMC.¹⁷⁹ Según el Brasil, el objetivo que persigue un Miembro que adopta un reglamento técnico es un elemento fundamental del análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2, habida cuenta de su contexto y objeto y fin.¹⁸⁰ No obstante, sostiene el Brasil, no parece razonable exigir a un grupo especial que examine las intenciones del regulador y sus consecuencias que van más allá del objetivo legítimo explícito de una medida. Los objetivos perseguidos con los reglamentos técnicos se deben evaluar de la manera más objetiva posible¹⁸¹, examinando la estructura, la arquitectura y el diseño de la medida.¹⁸² Una vez que se han revelado debidamente los objetivos legítimos perseguidos por un Miembro, el Brasil considera que esos objetivos deben informar el análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

¹⁷⁷ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 243 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.591, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104; al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 98 y 136; y al informe Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 159).

¹⁷⁸ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 8.

¹⁷⁹ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 11 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98; y a los informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 119).

¹⁸⁰ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 14.

¹⁸¹ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 17.

¹⁸² Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 20 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 34; al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafos 61 y 62; y al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 112).

64.

formal. Colombia considera que ese razonamiento es erróneo por las siguientes razones: primera, porque la naturaleza procedimental de una condición no significa que se pueda pasar por alto¹⁸⁹; y segunda, porque el hecho de que todos los Miembros convinieran en una interpretación determinada

razonablemente como parte de un "producto", eso no significa que la situación respecto de los cigarrillos mentolados y el consumo de tabaco entre los jóvenes, y los cigarrillos de clavo de olor y el consumo de tabaco entre los jóvenes, sea necesariamente la misma o similar.¹⁹⁷

67. Con respecto al análisis del trato menos favorable de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la Unión Europea destaca que la relación entre el comercio y la reglamentación es compleja.¹⁹⁸ Considera que el problema consiste en distinguir entre el ejercicio de autonomía normativa que es aceptable y el que no lo es¹⁹⁹, lo que entraña necesariamente examinar si el diseño de la medida está relacionado, expresamente o por aproximación, con el origen extranjero de los productos regulados. La Unión Europea estima también que cualesquiera "explicaciones en contrario" deben considerarse conjuntamente con la indagación de si hay alguna relación con el origen extranjero, porque ese enfoque es el que ofrece la máxima flexibilidad al examinar una amplia gama de posibles situaciones de hecho.²⁰⁰ Además, la Unión Europea plantea preocupaciones en relación con el enfoque del Grupo Especial al asignar la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁰¹ En particular, según la Unión Europea, el Grupo Especial parece razonar que, dado que tanto los cigarrillos mentolados como los de clavo de olor atraen a los jóvenes, la única explicación plausible para no aplicar la prohibición a los cigarrillos mentolados es la discriminación *de facto*.²⁰² Sin embargo, este razonamiento pasa por alto la posibilidad defendida por los Estados Unidos de que el atractivo de los cigarrillos de clavo de olor para los jóvenes es más pronunciado que en el caso de los cigarrillos mentolados.²⁰³ La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no explicó cómo había cumplido Indonesia la carga que le correspondía de demostrar que la situación con respecto a los cigarrillos mentolados y el consumo de tabaco entre los jóvenes era la misma o similar a la existente con respecto a los cigarrillos de clavo de olor.²⁰⁴ Si Indonesia no presentó pruebas a ese respecto, la Unión Europea se pregunta cómo se puede considerar que ha cumplido la carga de la prueba que le corresponde con respecto a una supuesta infracción "de hecho" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁰⁵

68. Por último, con respecto al párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la Unión Europea considera que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es pertinente bien en virtud del

¹⁹⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 23.

¹⁹⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 32.

¹⁹⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 33.

²⁰⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 44.

²⁰¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 51.

²⁰² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 54.

²⁰³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 54 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 32-36, 54, 55 y 61-63).

²⁰⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 56.

²⁰⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 57.

párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* o como hecho.²⁰⁶ Sostiene además que

Miembros o *todos* los Miembros".²¹⁴ A juicio de México, el Grupo Especial se centró correctamente en el trato dado a los productos similares procedentes de Indonesia. Además, en contra del argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial debería haber comparado el trato dado a los productos importados y nacionales similares como un grupo, México sostiene que el "enfoque eficiente" del Grupo Especial de aplicar la comparación de "grupo" al determinar la existencia de trato menos favorable "no fue un error jurídico".²¹⁵ Por el contrario, el Grupo Especial constató debidamente que la "inmensa mayoría" de las importaciones de cigarrillos indonesios con aromas característicos estaban prohibidas mientras que "todos o casi todos" los cigarrillos estadounidenses con aromas característicos fueron excluidos de la prohibición.²¹⁶

71. México se refiere finalmente a otras tres cuestiones en relación con el análisis del trato menos favorable. En primer lugar, está de acuerdo con el razonamiento del Grupo Especial de que una medida es discriminatoria cuando minimiza los costos para los productores nacionales al tiempo que los origina para los productores extranjeros. A juicio de México, el planteamiento del Grupo Especial también es aplicable a cualquier caso en que el reglamento técnico esté concebido de tal forma que, ya sea *de facto* o *de jure*, evita o minimiza los costos para los productores nacionales y los origina para los productores extranjeros.²¹⁷ En segundo lugar, en lo que respecta al argumento de los Estados Unidos de que no hay ninguna limitación temporal en cuanto al análisis del trato menos favorable *de facto*²¹⁸, México sostiene que la fecha de establecimiento de un grupo especial es "la fecha clave" al evaluar si existe discriminación *de facto*.²¹⁹ Considera que aunque hechos pasados y posiblemente futuros pueden informar la evaluación de la discriminación *de facto* en la fecha del establecimiento del grupo especial, "hay que tener mucho cuidado al incorporar esos hechos a la evaluación".²²⁰ En tercer lugar, a México le preocupa la interpretación de que no se incumplen las obligaciones de no discriminación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* si los efectos desfavorables se deben fundamentalmente a factores "que no guardan relación con el origen extranjero del producto".²²¹

²¹⁴ Comunicación presentada por México en calidad de tercero participante, párrafo 40. (las cursivas

Según México, la discriminación *de facto* se produce precisamente, por su propia naturaleza, cuando la medida impugnada, a tenor de sus propios términos, no discrimina tomando como base el origen.

5. Noruega

72. Noruega coincide con los Estados Unidos en que el mandato de un grupo especial no está limitado por los productos enumerados en una solicitud de establecimiento.²²² A este respecto, no le resulta convincente el razonamiento del Grupo Especial de que "la identificación de los productos concretos en litigio en una solicitud de establecimiento de un grupo especial concierne a la alegación de que se trate".²²³ A juicio de Noruega, puesto que los productos comprendidos en el análisis de la similitud pueden influir en el resultado de una alegación de discriminación, el grupo especial debería estar facultado para definir "los productos comprendidos en su propio análisis" para determinar la

*venta de] [C]igarrillos²²⁹, a circunstancias que son distintas de las que existían en esa diferencia. Una evaluación adecuada de la discriminación *de facto* gira en torno a la cuestión de si los productos importados similares están sujetos de manera predominante a un trato menos favorable, en tanto que los productos nacionales similares están sujetos de manera predominante a un trato más favorable. Si existe esa discriminación *de facto*, la cuestión de si el objetivo de política de una medida justifica esa discriminación corresponde más al análisis que se realiza en el marco de una excepción aplicable.²³⁰*

6. Turquía

74. Turquía considera que el Grupo Especial no cometió un error de derecho en su interpretación general de la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. A su juicio, el Grupo Especial consideró debidamente el *Acuerdo OTC* como contexto inmediato, aunque teniendo también en cuenta la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²³¹ Turquía sostiene por tanto que el Grupo Especial constató correctamente que el objetivo legítimo de salud pública declarado de la medida, es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, "debe permear e informar [su] análisis de la similitud".²³² En cuanto a la ev7.9(GATT1.5191 0 10.9T14(tre lm.0s TD.59 T

75. Turquía sostiene también que el Grupo Especial no cometió un error de derecho al limitar su análisis a una comparación entre el trato dado en virtud del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA a los cigarrillos mentolados y a los cigarrillos de clavo de olor. Considera que el Grupo Especial estaba obligado a hacer una comparación entre los productos especificados en su mandato porque, "al menos en este caso", la especificación de los productos formaba parte de la propia reclamación de Indonesia.²³⁶ Turquía señala además que, en un análisis del trato menos favorable, los efectos perjudiciales derivados de factores distintos del origen de un producto son "una cuestión esencial".²³⁷ Sostiene que, al evaluar esta cuestión clave, la referencia fundamental es si los productos importados y los nacionales reciben el mismo trato, teniendo en cuenta todos los factores económicos y sociales. Por consiguiente, considera que el Grupo Especial actuó correctamente al concluir que se frustraría el fin del *Acuerdo OTC* si se "permitiera a los Miembros excluir sus productos nacionales" de la aplicación de reglamentos técnicos "a fin de evitar posibles costos que en otro caso se derivarían".²³⁸

III. Cuestiones planteadas en esta apelación

76. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a) Si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y, en particular:
 - i) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y, en particular:
 - si el Grupo Especial realizó un análisis incompleto de los diferentes usos finales de los productos en litigio;
 - si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores; y
 - si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de los gustos y hábitos de los consumidores;

²³⁶ Comunicación presentada por Turquía en calidad de tercero participante, párrafos 18 y 19.

²³⁷ Comunicación presentada por Turquía en calidad de tercero participante, párrafo 21.

²³⁸ Comunicación presentada por Turquía en calidad de tercero participante, párrafo 22 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.291).

- ii) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y, en particular:
- si el Grupo Especial limitó inadecuadamente los productos abarcados por su análisis al comparar el trato dado a los cigarrillos de clavo de olor importados con el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales;
 - si el Grupo Especial incurrió en error al evaluar el trato menos favorable en el momento en que entró en vigor la prohibición de los cigarrillos aromatizados;
 - si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados no podía explicarse por razones que no guardaran relación con el origen extranjero de esos productos; y
 - si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales; y
- b) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, al no haber previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y, en particular:
- i) si el Grupo Especial atribuyó al párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha un "valor como instrumento de interpretación" incorrecto al interpretar la expresión "plazo prudencial" del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y
 - ii) si el Grupo Especial constató indebidamente que Indonesia había establecido una presunción *prima facie*, no refutada por los Estados Unidos, de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

IV. Antecedentes

77. Antes de comenzar nuestro análisis de las cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas que se han planteado en esta apelación, exponemos brevemente algunos hechos y antecedentes pertinentes. La presente diferencia se refiere al artículo 907(a)(1)(A) de la Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y Productos Cosméticos²³⁹ ("FFDCA"). El artículo 907(a)(1)(A) fue añadido a la FFDCA por el artículo 101(b) de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia²⁴⁰ ("FSPTCA")²⁴¹ y se convirtió en ley el 22 de junio de 2009.²⁴²

78. Con arreglo al artículo 907(a)(1)(A), transcurridos tres meses desde la promulgación de la FSPTCA, es decir, a partir del 22 de septiembre de 2009:

... un cigarrillo o cualquiera de sus partes componentes (incluidos el

tiene por objeto prohibi

olor contienen aproximadamente del 20 al 40 por ciento de clavos de olor, ya sea en forma de capullos de clavo o de clavos molidos/picados.²⁵⁴ Contienen además generalmente una "salsa" como parte de los ingredientes aromatizantes escogidos por cada fabricante²⁵⁵, así como otros componentes propios de los clavos de olor, como el benzil acetato, el metilsalicilato, el trans-anetol y el metil eugenol.²⁵⁶ Ante el Grupo Especial las partes coincidieron en que los cigarrillos de clavo de olor contienen eugenol²⁵⁷ -una sustancia que los Estados Unidos han definido como "un anestésico local común utilizado en procedimientos dentales"²⁵⁸- y convienen también en que el documento de Polzin, un estudio sobre ciertos ingredientes que contienen los cigarrillos de clavo de olor indonesios, revela que 19 de las 33 marcas de cigarrillos de clavo de olor analizadas contenían cumarina, un aditivo aromatizante.²⁵⁹

82. Los cigarrillos mentolados, por el contrario, tienen aproximadamente un 90 por ciento de contenido de tabaco en peso, y están compuestos por una mezcla de tabacos Virginia, Maryland *burley*, Oriental y tabaco reconstituido.²⁶⁰ El Grupo Especial señaló que el informe del Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco de la FDA²⁶¹ de marzo de 2011 ("el informe de marzo de 2011 del TPSAC") especifica que "[p]or lo general, los cigarrillos mentolados se mezclan utilizando más tabaco curado al aire caliente y menos tabaco *burley* ... porque algunos de los productos químicos que se encuentran en los tabacos *burley* crean un sabor incompatible con el mentol".²⁶² El principal aditivo de los cigarrillos mentolados es el aceite de mentol, un compuesto químico extraído de la planta de la menta (*Mentha piperita*) o la planta de la menta de maíz (*Mentha arvensis*), o producido por medios sintéticos o semisintéticos. El mentol se añade a los cigarrillos en formas diferentes²⁶³ y se difunde por todo el cigarrillo, con independencia de la forma de

²⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.159.

²⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.160 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 165).

²⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.164 (donde se hace referencia a la respuesta de Indonesia a la pregunta 30 del Grupo Especial).

²⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.162.

²⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.161 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 38).

²⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.163 (donde se hace referencia a Polzin *et al.*, "Determination of eugenol, anethole, and coumarin in the mainstream cigarette smoke of Indonesian clove cigarettes" (octubre de 2007) 45(10) *Food & Chemical Toxicology* (Prueba documental 45 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial) y a las respuestas de Indonesia y de los Estados Unidos a la pregunta 34 del Grupo Especial).

²⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.166 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 31 del Grupo Especial). El Grupo Especial señaló que Indonesia no había presentado información específica a este respecto. (*Ibid.*, nota 357 al párrafo 7.166)

²⁶¹ Disponible en [http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/ecITf22-8\(/\)-FTf22](http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/ecITf22-8(/)-FTf22)

aplicación.²⁶⁴ Según el informe de marzo de 2011 del TPSAC, el mentol se añade a los cigarrillos

menos favorable que el ... otorga[do] a los cigarrillos mentolados nacionales, para los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁶⁹

85. Los Estados Unidos apelan contra la constatación del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y aducen que el Grupo Especial erró al constatar que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares y que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En el presente informe abordamos separadamente las alegaciones formuladas por los Estados Unidos respecto de las constataciones del Grupo Especial relativas a los productos similares y al trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. No obstante, antes de hacerlo, analizamos en su conjunto el párrafo 1 del artículo 2, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del *Acuerdo OTC*.

86. El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece que, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.

87. El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* incorpora una obligación de trato nacional y una obligación de trato de la nación más favorecida. En la presente diferencia, se nos ha encomendado que aclaremos el sentido de la obligación de trato nacional. Para que quede establecido un incumplimiento de la obligación de trato nacional del párrafo 1 del artículo 2, deben concurrir tres elementos: i) es preciso que la medida en litigio sea un reglamento técnico, ii) que los productos importados y nacionales de que se trata sean productos similares y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares. La apelación de los Estados Unidos se refiere únicamente a los elementos segundo y tercero de este criterio de incompatibilidad, es decir, a si los productos en litigio son similares y a si el trato dado a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia es menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares en los Estados Unidos.²⁷⁰

²⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.292.

²⁷⁰ Recordamos que el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico no se puso en tela de juicio ante el Grupo Especial y que los Estados Unidos no han recurrido en apelación la constatación del

88. En las secciones V.B y V.C de este informe procedemos a interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y, en particular, las expresiones "productos similares" y "trato no menos favorable". No obstante, antes de emprender esa labor de interpretación, deseamos formular algunas observaciones de alcance general sobre el preámbulo del *Acuerdo OTC*, la definición de "reglamento técnico", la pertinencia del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 a la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y la inexistencia entre las disposiciones de ese Acuerdo de una disposición sobre excepciones generales análoga al artículo XX del GATT de 1994.

89. El preámbulo del *Acuerdo OTC* forma parte del contexto del párrafo 1 del artículo 2 y arroja además luz sobre el objeto y fin del Acuerdo. Encontramos orientaciones para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 especialmente en sus considerandos segundo, quinto y sexto.

90. El segundo considerando vincula el *Acuerdo OTC* con el GATT de 1994. En él se dice:

Deseando promover la realización de los objetivos del GATT de 1994;

91. Aunque cabe interpretar que este considerando indica que el *Acuerdo OTC* es un "desarrollo" o un "paso adelante" de las disciplinas del GATT de 1994²⁷¹

Miembros a reglamentar, por ejemplo, prohibiendo la discriminación contra los productos importados (párrafo 1 del artículo 2) o exigiendo que los reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo (párrafo 2 del artículo 2).

94. No obstante, el objetivo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional mediante reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad está matizado en el sexto considerando por el reconocimiento expreso del derecho de los Miembros a reglamentar con miras a alcanzar ciertos objetivos legítimos. El texto del sexto considerando es el siguiente:

Reconociendo que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo.

95. Entendemos que el sexto considerando sirve de contrapeso al objetivo de liberalización del comercio que expresa el quinto considerando. En el texto se "reconoce" el derecho de los Miembros a reglamentar frente al "deseo" de evitar que se creen obstáculos innecesarios al comercio internacional expresado en el quinto considerando. En tanto que en el quinto considerando se sugiere claramente que el derecho de los Miembros a reglamentar no es ilimitado, en el sexto se afirma que ese derecho existe al tiempo que se vela por que se reduzcan al mínimo los efectos de distorsión de la reglamentación. El sexto considerando sugiere que no puede limitarse el derecho de los Miembros a reglamentar cuando las medidas adoptadas sean necesarias para alcanzar ciertos objetivos de política legítimos, y siempre que dichas medidas no se apliquen en una forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado o una restricción encubierta del comercio internacional y en lo demás sean conformes con las disposiciones del

en el GATT de 1994, en el que la disposición del artículo XX sobre excepciones generales limita obligaciones como la de trato nacional del artículo III.

97. Observamos que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica únicamente con respecto a los reglamentos técnicos, a los que el párrafo 1 del Anexo 1 define como "[d]ocumento[s] en el [los] que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria".²⁷² Las características de un producto establecidas en un reglamento técnico pueden a su vez ser pertinentes para determinar si los productos son similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. En consecuencia, consideramos que, en el caso de los reglamentos técnicos, la propia medida *puede* proporcionar elementos pertinentes a la determinación de si los productos son similares y si se ha dado a los productos importados un trato menos favorable.

98. La definición de los reglamentos técnicos como documentos en los que se establecen características de productos nos indica que, de conformidad con el *Acuerdo OTC*, las medidas que establecen distinciones en función de las características del producto están en principio permitidas. No obstante, una cosa es que un reglamento técnico pueda definir las características de un producto con miras a alcanzar un objetivo de política legítimo y otra que pueda hacerlo dando a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares.

99. Señalamos que la formulación de la obligación de trato nacional del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se asemeja estrechamente a la del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, cuyo texto, en la parte pertinente, es el siguiente:

Los productos del territorio de todo Miembro importados en el territorio de cualquier otro Miembro no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.

100. Las obligaciones de trato nacional establecidas en el párrafo 1 del artículo 2 y en el párrafo 4 del artículo III se configuran en torno a las mismas expresiones básicas, en concreto, "productos similares" y "trato no menos favorable". Destacamos además que todo reglamento técnico en principio está sujeto no sólo al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sino también a la obligación de trato nacional del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, en su calidad de "ley, reglamento o

²⁷² La segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 dice lo siguiente: "También puede incluir

prescripción que afect[a] a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso ... en el mercado interior" de los productos. La formulación muy similar de las disposiciones y la coincidencia de su ámbito de aplicación en lo que respecta a los reglamentos técnicos confirman que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es un elemento contextual pertinente para la interpretación de la obligación de trato nacional del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁷³ Consideramos que al interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los grupos especiales deben centrarse en el texto de ese párrafo, interpretado en el contexto del *Acuerdo OTC*, incluido su preámbulo, y tener en cuenta también otros elementos contextuales, como el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²⁷⁴

101. Por último, observamos que entre las disposiciones del *Acuerdo OTC* no hay una cláusula sobre excepciones generales. Esto puede contrastarse con el GATT de 1994, que contiene una cláusula de esa naturaleza en el artículo XX.

102. Teniendo presentes estas observaciones de alcance general, pasamos a ocuparnos de la apelación de los Estados Unidos contra las constataciones del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares y de que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a cigarrillos mentolados nacionales similares, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

B. *La constatación del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son "productos similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

103. Comenzamos nuestro análisis examinando la interpretación dada por el Grupo Especial al concepto de "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Seguidamente nos ocupamos de las alegaciones de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de los criterios de "similitud" del uso final y de los gustos y hábitos de los consumidores, así como de su alegación de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con

²⁷³ Recordamos que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que los términos utilizados en una disposición deben "interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición" y que el sentido atribuido a los mismos términos en otras disposiciones del mismo acuerdo o en otros acuerdos abarcados puede constituir

el artículo 11 del ESD en su evaluación de los gustos y hábitos de los consumidores. Los Estados Unidos no apelan contra las constataciones del Gr

Miembros a reglamentar mediante reglamentos técnicos. Sin embargo, como se explica más adelante, no estamos convencidos de que de esos elementos del contexto y del objeto y fin del *Acuerdo OTC* se desprenda que no es posible abordar la interpretación del concepto de "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* desde una perspectiva orientada a la competencia.

109. Como hemos indicado antes, el equilibrio que establece el preámbulo del *Acuerdo OTC* entre la promoción de la liberalización del comercio, de un lado, y el derecho a reglamentar de los Miembros, de otro, no es en principio distinto del equilibrio que existe entre la obligación de trato nacional del artículo III y las excepciones generales previstas en el artículo XX del GATT de 1994. El segundo considerando del preámbulo vincula los dos Acuerdos al expresar el "deseo" de "promover la realización de los objetivos del GATT de 1994", en tanto que el "reconocimiento" en el sexto considerando del derecho de los Miembros a reglamentar está atemperado por el "deseo" expuesto en el quinto de asegurarse de que los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. Señalamos, no obstante, que en el GATT de 1994 ese equilibrio tiene su expresión en la norma relativa al trato nacional del párrafo 4 del artículo III, limitada por las excepciones previstas en el artículo XX, en tanto que en el *Acuerdo OTC* se expresa en el propio párrafo 1 del artículo 2, interpretado teniendo en cuenta su contexto y su objeto y fin.

110. El Grupo Especial opinó también que la inexistencia en el *Acuerdo OTC* de una disposición similar al párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 impediría transponer el planteamiento de la similitud orientado a la competencia del GATT al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁸⁴ El párrafo 1 del artículo III establece que las medidas fiscales y reglamentarias internas "no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional". Observamos, a este respecto, que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que el "principio general" articulado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 "procura impedir que los Miembros apliquen impuestos y reglamentos interiores de una manera que afecte a la relación de competencia, en el mercado, *entre los productos de origen nacional y los productos importados de que se trata*, 'de manera que se proteja la producción nacional'".²⁸⁵ No obstante, el Órgano de Apelación no basó su conclusión de que la "similitud" en el marco del párrafo 4 del artículo III concierne a la "naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos"²⁸⁶ exclusivamente en el "principio general" expresado en el párrafo 1 del artículo III, sino que aclaró que "la palabra 'similares' empleada en el párrafo 4 del artículo III se aplica a los productos que se

²⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.99.

²⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98 (las cursivas figuran en el original).

²⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

encuentran en [una] relación de competencia", dado que "los productos que están en una relación de competencia en el mercado [son los que] podrían resultar afectados mediante un trato de las importaciones que sea 'menos favorable' que el concedido a los productos *de origen nacional*".²⁸⁷

111. Admitimos que el mismo concepto de "trato no menos favorable", que se expresa en los mismos términos en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, informa la determinación de la similitud, lo que sugiere que la similitud concierne a la "naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos". De hecho, el concepto de "trato no menos favorable" relaciona a los productos con el mercado, porque sólo en el mercado puede determinarse cuál es el trato que da la medida a los productos importados y nacionales similares. Señalamos, no obstante, que, al determinar la similitud sobre la base de la relación de competencia entre dos o más productos, los grupos especiales deben prescindir de los eventuales efectos de distorsión que la propia medida en litigio pueda tener sobre la relación de competencia y dejar el examen de esos efectos al análisis del trato menos favorable. En tales casos, el grupo especial debe determinar la naturaleza y medida de la relación de competencia a efectos de la determinación de la similitud con independencia de la medida en litigio, en el grado en que la última informe las características físicas de los productos y/o las preferencias de los consumidores.

112. Habida cuenta de lo anterior, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el texto y el contexto del *Acuerdo OTC*

que surgen cuando se intenta determinar la similitud sobre la base de las finalidades normativas de la medida y no de la relación de competencia entre dos o más productos. El Grupo Especial se basó en el objetivo de la medida en litigio, que identificó como la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes, para determinar la similitud de los productos.²⁸⁹ Los Estados Unidos cuestionan el fundamento de la limitación del enfoque del Grupo Especial al objetivo inmediato de la medida²⁹⁰ y citan otros objetivos normativos relacionados con factores de salud asociados a los cigarrillos consumidos en gran escala para establecer otras distinciones entre los cigarrillos mentolados y los cigarrillos de clavo de olor.²⁹¹

115. Las medidas, por ejemplo los reglamentos técnicos, pueden tener varios objetivos. A pesar de ello, el grupo especial al que se haya encomendado la tarea de determinar si dos productos son similares tal vez no pueda llegar a un resultado coherente si, al determinar la similitud, tiene que basarse en varios objetivos normativos posibles de la medida. Si un grupo especial tiene que centrarse en uno de los objetivos de una medida excluyendo

2. Usos finales

122. Al examinar los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados, el Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen el mismo uso final, es decir, "ser fumados"²⁹⁵, y discrepó de los Estados Unidos en que los usos finales de un cigarrillo incluyen "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El Grupo Especial consideró que los usos finales presentados por los Estados Unidos se refieren a las razones por las que la gente fuma, pero ello no significa que los cigarrillos tengan varios usos finales.²⁹⁶ En particular, El Grupo Especial consideró que las observaciones de los Estados Unidos relativas al atractivo de los aromas para algunos fumadores guardan más relación con los gustos y hábitos de los consumidores que con los usos finales.²⁹⁷

123. Los Estados Unidos alegan que un grupo especial, al realizar un análisis de los usos finales, debe tener en cuenta los diferentes usos de los productos, y no sólo el uso que es un "denominador común" de los productos en cuestión.²⁹⁸ Según los Estados Unidos, nadie discute que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados se utilizan para fumar, pero el Grupo Especial limitó indebidamente su análisis al examen exclusivo de ese uso común de los productos, pasando por alto otros usos finales pertinentes. Los cigarrillos mentolados, afirman los Estados Unidos, se utilizan para "satisfacer la adicción a la nicotina de millones de fumadores en los Estados Unidos", mientras que los cigarrillos de clavo de olor se usan principalmente "para la experimentación y en entornos sociales especiales" y, por lo general, en el mercado estadounidense no se fuman para satisfacer la adicción a la nicotina.²⁹⁹

124. Indonesia responde que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el uso final de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados es "ser fumados". Además, en opinión de Indonesia, aun suponiendo, a efectos de argumentación, que los usos finales propuestos por los Estados Unidos fueran usos pertinentes, los Estados Unidos no presentaron ninguna prueba que demostrara que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados no *pudieran* ser utilizados para fines diferentes a los presentados.^{5(ac)-3.7(9)1.7(6 la)}

125. Observamos que los usos finales describen las posibles funciones de un producto, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores reflejan la apreciación que tienen los consumidores de esas funciones. En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación describió los usos finales como "la medida en que los productos *pueden* cumplir las mismas, o análogas, funciones" y los gustos y hábitos de los consumidores como "la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones".³⁰¹ Sin embargo, el hecho de que un producto no se utilice principalmente para cumplir una función determinada no excluye que *pueda* cumplir esa función.

126. El Órgano de Apelación ha considerado asimismo que, aunque cada criterio se refiere, en principio, a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están "relacionados entre sí"³⁰² y "no se excluyen mutuamente", de modo que algunas pruebas bien pudieran incluirse en más de un criterio.³⁰³ Por consiguiente, a nuestro juicio, el hecho de que los consumidores fumen para satisfacer una adicción o fumen por placer es pertinente para el examen tanto de los usos finales como de los gustos y hábitos del consumidor, aunque en el análisis de esos dos criterios de "simili

diferentes de los productos. El Órgano de Apelaci

constató que "tanto los cigarrillos mentolados como los de clavo de olor atraen a los jóvenes debido a la presencia de un aditivo que les confiere un aroma característico que tiene por efecto enmascarar la aspereza del tabaco".³⁰⁷ Ambos tipos de cigarrillos pueden cumplir una función social/de experimentación y, por tanto, comparten el uso final de "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". Al mismo tiempo, tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados pueden cumplir la función de "satisfacer una adicción a la nicotina", teniendo en cuenta que ambos tipos de cigarrillos contienen nicotina, cuyo carácter adictivo está científicamente probado.³⁰⁸ El hecho de que los "adictos" que fuman cigarrillos mentolados sean más numerosos que los que fuman cigarrillos de clavo de olor no significa que estos últimos no puedan ser fumados para

los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados desde la perspectiva del grupo de consumidores pertinente, el cual comprendía los fumadores jóvenes y quienes estaban listos para convertirse en fumadores (posibles consumidores).³¹⁰ El Grupo Especial constató que las pruebas presentadas por las partes demostraban que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados, debido a sus aromas característicos, que ayudan a enmascarar la aspereza del tabaco, atraen a los jóvenes y son mejores vehículos que los cigarrillos ordinarios para que los jóvenes empiecen a fumar.³¹¹ Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que, desde la perspectiva de los consumidores de que se trata en este caso, los cigarrillos aromatizados con mentol y los aromatizados con clavo de olor son "similares por lo que respecta a la finalidad de empezar a fumar".³¹²

134. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al examinar únicamente los gustos y hábitos de los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, y no los de los fumadores adultos actuales. Los Estados Unidos señalan que el artículo 907(a)(1)(A) establece distinciones de reglamentación entre los cigarrillos basadas no sólo en su atractivo para los jóvenes fumadores y los jóvenes fumadores potenciales, sino también en sus usos por los fumadores adultos actuales.³¹³ Los Estados Unidos sostienen que en el texto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no hay ninguna base para que el Grupo Especial haya limitado el examen de las distinciones relativas a la salud pública establecidas en virtud de la medida con arreglo a lo que el Grupo Especial interpretó que era el objeto inmediato de dicha medida.³¹⁴

135. Los Estados Unidos mantienen que un análisis del producto similar en el marco del párrafo 1 del artículo 2 debe tener en cuenta las distinciones de reglamentación establecidas en virtud de la medida en cuestión, que no se limitan al objetivo inmediato o primario de una medida, sino que suelen reflejar la ponderación de otras consideraciones importantes para el bienestar público. En particular, los Estados Unidos sostienen que, si bien la finalidad primaria o inmediata del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo del tabaco entre los jóvenes, la medida se elabórala7e1Póa larteirode una3.4()examen de lao psibles conogtivas aeravdas ne la prohibiión e5.5(deluna tip de uigarrillos,)-5.5(eo)-7.mla0

136. Hemos discrepado del enfoque adoptado por el Grupo Especial para interpretar el concepto de "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a la luz de los objetivos normativos de la medida, y no a partir de la relación de competencia entre dos o más productos.³¹⁶ En particular, hemos observado que el contexto del *Acuerdo OTC* y su objeto y fin no indican que los objetivos normativos de un reglamento técnico tengan que desempeñar un papel independiente de la determinación de una relación de competencia entre dos o más productos. También hemos señalado que la determinación de la similitud principalmente a la luz de los objetivos normativos de la medida resulta más complicada porque las medidas, incluidos los reglamentos técnicos, suelen tener múltiples objetivos. En cambio, hemos considerado que una determinación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos, y que las preocupaciones normativas subyacentes a una medida pueden considerarse en tanto en cuanto repercutan en la relación de competencia.³¹⁷

137. Teniendo en cuenta lo que antecede, consideramos también que el Grupo Especial actuó erróneamente al circunscribir su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores a aquellos consumidores (fumadores jóvenes y posibles fumadores jóvenes) que son la preocupación que aborda el objetivo del reglamento (reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes). En un análisis de la similitud basado en la relación de competencia de los productos, es el mercado el que define el alcance de los consumidores cuyas preferencias son pertinentes. La proporción de jóvenes y adultos que fuman diferentes tipos de cigarrillos puede variar, pero los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los ordinarios son consumidos tanto por fumadores jóvenes como por fumadores adultos. Para evaluar el grado de sustituibilidad entre estos productos, el Grupo Especial debería haber evaluado los gustos y hábitos de todos los consumidores pertinentes de los productos en cuestión, no solo los de los principales consumidores de cigarrillos de clavo de olor y mentolados, en especial cuando es evidente que una proporción importante de los fumadores de cigarrillos mentolados son consumidores adultos.

138. Además, sin entrar por ahora en la validez de los otros objetivos del reglamento aducidos por los Estados Unidos, el enfoque del Grupo Especial descarta el hecho de que el reglamento técnico en litigio pueda tener también otros objetivos que afectan a otros consumidores ya existentes y posibles de los productos en cuestión. Por consiguiente, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A), es decir, reducir el consumo de tabaco entre los

³¹⁶ Sección V.B.1 del presente informe.

³¹⁷ Véase *supra*, párrafo 119.

jóvenes, delimite el ámbito de los consumidores cuyos gustos y hábitos se deben examinar a los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes.³¹⁸

139. Tras haber determinado que el Grupo Especial actuó erróneamente al limitar su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores a los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, examinamos ahora si el hecho de que el Grupo Especial no evaluara los gustos y hábitos de los consumidores adultos actuales de cigarrillos mentolados socava la tesis de que existe un grado de sustituibilidad entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados suficiente para sustentar una constatación general de similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

140. Los Estados Unidos alegan que "[l]as pruebas en las que se comparan los gustos y hábitos de los posibles fumadores más jóvenes y los gustos y hábitos de los fumadores de más edad que llevan tiempo siéndolo son directamente pertinentes para la cuestión de los gustos y hábitos de los consumidores", porque los cigarrillos de clavo de olor son consumidos en forma desproporcionada por los jóvenes, mientras que el consumo de cigarrillos mentolados está más repartido entre los fumadores jóvenes y los adultos. Por tanto, aducen los Estados Unidos, los cigarrillos de clavo de olor entrañan un riesgo particular para los fumadores jóvenes no iniciados y tienen un efecto escaso o nulo en los adultos, mientras que los cigarrillos mentolados entrañan un riesgo para los fumadores jóvenes no iniciados, pero también tienen un efecto importante en los adultos.³¹⁹

141. Indonesia sostiene que los Estados Unidos no presentaron pruebas que demostraran que los consumidores, adultos o jóvenes, no estarían dispuestos a sustituir entre sí los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados para el uso final de fumar. Indonesia aduce que los Estados Unidos se

puede respaldar una constatación de que los productos son similares. En *Filipinas - Aguardientes*, el Órgano de Apelación consideró que la norma de "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí relacionada con la segunda frase el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 se cumple incluso si la competencia no tiene lugar en todo el mercado, sino que se limita a un segmento del mismo. El Órgano Especial constató que "era razonable que el Grupo Especial [que examinó ese asunto] infiriera del argumento de Filipinas que los aguardientes importados sólo son accesibles para un 'segmento reducido' de su población, que hay una competencia real entre los aguardientes importados y los nacionales al menos en el segmento del mercado que Filipinas reconocía tiene acceso tanto a los aguardientes importados como a los nacionales".³²¹ En esa misma diferencia, el Órgano de Apelación constató que la segunda frase del párrafo 2 del artículo III no requiere que la competencia se determine en relación con el segmento de mercado más representativo del "mercado en su conjunto", y que el artículo III del GATT de 1994 "no protege únicamente algunos casos o la mayor parte de los casos, sino todos los casos de competencia directa".³²²

143. Aunque la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas - Aguardientes* se refería a la segunda frase el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994, consideramos que esta interpretación de la expresión "productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí es pertinente para el concepto de "similitud" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, puesto que la similitud en el marco de esas disposiciones se determina sobre la base de la relación de competencia entre dos o más productos.³²³ A nuestro juicio, la idea de que no es nr 3 T - 7 . 2 (u) v e n e s 7 (i)

constató que, desde la perspectiva de los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, los cigarrillos aromatizados con clavo de olor y los aromatizados con mentol son similares a los efectos de empezar a fumar.³²⁴ Entendemos esto como una constatación de que los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes perciben los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados como suficientemente sustituibles. Esto, a su vez, basta para respaldar la constatación del Grupo Especial de que esos productos son similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, aun cuando el grado de sustituibilidad no sea el mismo para todos los fumadores adultos.

145. En vista de lo anterior, opinamos que, si bien el Grupo Especial no debería haber limitado su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores a los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes excluyendo a los fumadores adultos actuales, esto no menoscaba la constatación del Grupo Especial sobre los gustos y hábitos de los consumidores ni su constatación final de similitud. Ello se debe a que el grado de competencia y sustituibilidad que constató el Grupo Especial en el caso de los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes es suficientemente elevado para respaldar una constatación de similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

146. Por último, pasamos a la alegación formulada por los Estados Unidos en el sentido de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD cuando llegó a la conclusión de que los consumidores de que se trata en este caso perciben de manera similar los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, y de que hizo caso omiso de las pruebas fundamentales relativas al modo en que los consumidores utilizan y perciben realmente los productos en cuestión en

aportaban pruebas sobre el modo en que los consumidores y los posibles consumidores "utilizaban y percibían diferentes cigarrillos *en los Estados Unidos*"³²⁷, es decir, en el mercado pertinente. Los Estados Unidos mantienen asimismo que, tras haber desestimado esas pruebas, el Grupo Especial procedió a basar sus conclusiones "enteramen

llegado a una constatación fáctica diferente".³³⁵ En cambio, para que prospere una alegación formulada al amparo del artículo 11, el Órgano de Apelación debe asegurarse de que el grupo especial se ha excedido de sus facultades en cuanto juzgador inicial de los hechos. Como juzgador inicial de los hechos, un grupo especial debe dar "explicaciones razonadas y adecuadas y un razonamiento coherente"³³⁶, fundamentar sus constataciones sobre una base probatoria suficiente³³⁷, y tratar las pruebas con "imparcialidad".³³⁸ Además, un participante que alegue que un grupo especial hizo caso omiso de un elemento de prueba tiene que explicar por qué esa prueba es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no la trate influye en la objetividad de su evaluación de los hechos.³³⁹

150. Tanto los Estados Unidos como Indonesia se remitieron a una serie de encuestas sobre las pautas de consumo de tabaco en los Estados Unidos para apoyar sus respectivos argumentos.³⁴⁰ Sin embargo, el Grupo Especial observó que esos estudios "no emplean los mismos parámetros de investigación"³⁴¹; más bien "examina[ban] distintos grupos de edad", "hac[ían] preguntas distintas", y "se basa[ban] en distintos planteamientos metodológicos".³⁴² Por consiguiente, a juicio del Grupo Especial, la información contenida en las distintas encuestas no era "directamente comparable". Sobre esta base, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que no podía "basar[se] en la [información] que proporciona[ba]n [las encuestas] sobre cuota de mercado a efectos de analizar el criterio de los gustos y hábitos de los consumidores"³⁴³, y de que "las pruebas sobre las preferencias

que, aunque el Grupo Especial no debería haber limit

párrafo 1 del artículo 2, otras disposiciones del *Acuerdo OTC*, el *Acuerdo OTC* en su conjunto y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, así como el objeto y fin del *Acuerdo OTC*, apoyan una interpretación del concepto de "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 que se basa en la relación de competencia entre dos o más productos y que tiene en cuenta las preocupaciones normativas subyacentes a un reglamento técnico, en la medida en que sean pertinentes para el examen de determinados criterios de similitud y se reflejen en la relación de competencia de los productos.

157. Como consecuencia de nuestro enfoque interpretativo del concepto de "productos similares" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, también hemos discrepado de la decisión del Grupo Especial de examinar el grado de sustituibilidad de los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados desde la perspectiva de un grupo limitado de consumidores, es decir, los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes. Sin embargo, hemos considerado que el error del Grupo Especial no vicia la conclusión de que hay un grado de sustituibilidad entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados suficiente para respaldar una constatación general de similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Hemos determinado también que la decisión del Grupo Especial de que no podía basarse en determinadas pruebas presentadas por las partes no equivalió a un error en el marco del artículo 11 del ESD.

158. Con respecto al uso final, hemos discrepado de la conclusión del Grupo Especial de que el uso final de los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados es simplemente "ser fumados". Sin embargo, hemos considerado, sobre la base de las constataciones del Grupo Especial, que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados *pueden* cumplir los usos finales más específicos propuestos por los Estados Unidos, es decir, "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo".³⁵⁰ Por ello, hemos llegado a la conclusión de que los diferentes usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados apoyan la constatación general de similitud formulada por el Grupo Especial.

159. Por último, observamos que los Estados Unidos no han apelado contra las constataciones del

sabor y aroma característico y reduce la aspereza del tabaco"³⁵¹; y que ambos están clasificados en la subpartida 2402.20 del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.³⁵²

160. Teniendo en cuenta lo que antecede, si bien discrepamos de algunos aspectos del análisis realizado por el Grupo Especial, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que los criterios de "similitud" que examinó apoyan su conclusión general de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, *confirmamos*, aunque por razones distintas, la constatación del Grupo Especial, en el párrafo 7.248 de su informe, de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son "productos similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

C. *La constatación del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

1. Introducción

161. En esta sección abordamos la apelación de los Estados Unidos contra la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al dar a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares.

162. Habiendo concluido que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial llevó a cabo un análisis en cuatro etapas para determinar si el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA da a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares. En primer lugar, el Grupo Especial trató de determinar los productos que debían compararse en su análisis.³⁵³ El Grupo Especial constató que el párrafo 1 del artículo 2 exigía una comparación entre el trato otorgado a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, por una parte, y el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, por otra.³⁵⁴ En segundo lugar, el Grupo Especial determinó que, de conformidad con el artículo 907(a)(1)(A), los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados reciben un trato diferente, ya que los cigarrillos de clavo

³⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.187.

³⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.239.

³⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.270.

³⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.275-7.277.

de olor están prohibidos, mientras que los cigarrillos mentolados están excluidos de la prohibición.³⁵⁵ En tercer lugar, el Grupo Especial constató que esa diferencia de trato modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, por cuanto los cigarrillos de clavo de olor importados están prohibidos, mientras que se permite que los cigarrillos mentolados nacionales permanezcan en el mercado.³⁵⁶ En cuarto y último lugar, el Grupo Especial rechazó el argumento de los Estados Unidos de que ese efecto perjudicial podía "explic[arse] por factores o circunstancias que no guarda[ran] relación con el origen extranjero del producto"³⁵⁷, puesto que el artículo 907(a)(1)(A) impone costos a los productores extranjeros, en particular a los productores de Indonesia, sin imponer, al mismo tiempo, ningún costo a ninguna entidad estadounidense.³⁵⁸

163. En apelación, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial restringió indebidamente los *productos comprendidos* en su análisis al centrarse exclusivamente en el trato otorgado a los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial debería haber comparado el trato otorgado al grupo de "productos similares" importados y al grupo de productos similares nacionales. Los Estados Unidos también alegan que el Grupo Especial restringió indebidamente el *ámbito temporal* de su análisis al centrarse exclusivamente en los efectos del artículo 907(a)(1)(A) sobre los "productos similares" nacionales en el momento en que entró en vigor la prohibición de los cigarrillos aromatizados. Alegan asimismo que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el trato menos favorable otorgado a los cigarrillos de clavo de olor importados guardaba relación con el origen de los productos porque el artículo 907(a)(1)(A) impone costos a los productores extranjeros sin imponer al mismo tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense. Por último, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al formular esas constataciones.

164. Indonesia responde que el Grupo Especial identificó debidamente los productos que debían compararse en su análisis del trato menos favorable y no incurrió en error al establecer el marco temporal adecuado para su comparación. Indonesia también afirma que el Grupo Especial constató acertadamente que el trato menos favorable otorgado a los cigarrillos de clavo de olor no se podía explicar por factores que no guardarán relación con el origen extranjero de los productos importados. Por último, Indonesia alega que el Grupo Especial actuó de conformidad con el artículo 11 del ESD al realizar su análisis.

³⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.279 y 7.280.

³⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.281.

³⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.283 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 127, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96).

³⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

165.

i) la medida en litigio debe ser un "reglamento técnico"; ii) los productos importados y nacionales en cuestión deben ser productos similares; y iii) el trato dado a los productos importados debe ser menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares. En esta parte de su apelación, los Estados Unidos impugnan solamente la constatación del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA incumple la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por cuanto da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares.

169. El requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica "con respecto a los reglamentos técnicos". En el párrafo 1 del Anexo 1 de dicho Acuerdo se define un reglamento técnico como un "[d]ocumento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados ... cuya observancia es obligatoria". En sí mismos, los reglamentos técnicos son medidas que, por su propia naturaleza, establecen distinciones entre productos en función de sus características o de los procesos y métodos de producción con ellas relacionados. A nuestro juicio, ello indica que no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 significa que *cualquier* distinción, en particular las que se basan *exclusivamente* en las características concretas de un producto o en los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, otorgaría *per se* un trato menos favorable en el sentido de dicha disposición.

170. En segundo lugar observamos que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

171. El contexto que ofrece el párrafo 2 del artículo 2 sugiere que se pueden permitir "obstáculos al comercio internacional" siempre que no se constate que son "innecesarios", es decir, que "no restrin[jan] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo". En nuestra opinión, este contexto apoya la interpretación de que el efecto del párrafo 1 del artículo 2 no es prohibir *a priori* cualquier obstáculo al comercio internacional. En rigor, si *cualquier* obstáculo al comercio internacional fuera suficiente para establecer una infracción del párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 2 de dicho artículo quedaría privado de su *effet utile*.

172. Esta interpretación del párrafo 1 del artículo 2 está respaldada por el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC*, en el que los Miembros de la OMC reconocen que:

176. Al igual que los participantes, consideramos ú

detrimento de los productos importados.³⁷⁰ (las cursivas figuran en el original)

178. Posteriormente, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación explicó que se dará un trato menos favorable a las importaciones que a los productos nacionales similares cuando las distinciones reglamentarias ocasionen una desventaja para el grupo de productos importados frente al grupo de productos similares de origen nacional. El Órgano de Apelación razonó que la cláusula de "trato no menos favorable" prevista en el párrafo 4 del artículo III:

... expresa el principio general, enunciado en el párrafo 1 del artículo III, de que los reglamentos interiores "no deberían aplicarse ... de manera que se proteja la producción nacional". Si existe un "trato menos favorable" del grupo de productos importados "similares", "se protege", inversamente, al grupo de productos "similares" de origen nacional. No obstante, un Miembro puede trazar distinciones entre productos que se haya constatado que son "similares", sin que por ese solo hecho conceda al grupo de los productos *importados* "similares" un "trato menos favorable" que el concedido al grupo de los productos "similares" *de origen nacional*.³⁷¹ (las cursivas figuran en el original)

179. Por consiguiente, la norma de "trato no menos favorable" del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 prohíbe a los Miembros de la OMC modificar las condiciones de competencia en el mercado en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares.³⁷²

³⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

³⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

³⁷² Discrepamos de los Estados Unidos cuando sugieren que el asunto *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* respalda la tesis de que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo III, los grupos especiales deben profundizar en el análisis de si "los efectos perjudiciales ... no guardan relación con el origen extranjero del producto". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 101 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96)) Aunque podría considerarse que la afirmación a que hacen referencia los Estados Unidos, si se lee aisladamente, indica que es necesario profundizar en el análisis del fundamento del efecto perjudicial, en esa diferencia el Órgano de Apelación rechazó la alegación presentada por Honduras al amparo del párrafo 4 del artículo III porque:

... la diferencia entre los costos unitarios del requisito de fianza alegada por Honduras se explica por el hecho de que el importador de cigarrillos hondureños tiene una cuota de mercado menor que la de los dos productores

180. Si bien somos conscientes de que el sentido de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse a la luz del contexto específico que ofrece el *Acuerdo OTC*, consideramos sin embargo que esas constataciones anteriores del Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 son instructivas para evaluar dicho sentido, siempre que se tenga en cuenta el contexto específico en el que aparece la expresión, es decir, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. De manera similar al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros de la OMC que den al grupo de productos importados un trato no menos favorable que el otorgado al grupo de productos nacionales similares. El párrafo 1 del artículo 2 prescribe dicho trato específicamente con respecto a

reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial, para determinar si discrimina contra el grupo de productos importados.

3. Productos comprendidos en la comparación del "trato no menos favorable"

183. Nos ocupamos ahora de las cuestiones específicas planteadas por los Estados Unidos en apelación. Comenzamos con la apelación de los Estados Unidos con respecto al conjunto de productos que el Grupo Especial tomó en consideración para determinar si los Estados Unidos otorgan a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que a los productos nacionales estadounidenses similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

184. Indonesia adujo ante el Grupo Especial que el requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 exige una comparación entre el trato otorgado a los cigarrillos de clavo de olor importados, por un lado, y el otorgado a cualesquiera cigarrillos nacionales similares que no hubieran sido prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, por el otro (es decir, los cigarrillos mentolados u ordinarios, pero no otros cigarrillos aromatizados, que están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A)).³⁷⁴ Los Estados Unidos respondieron que el Grupo Especial debía comparar el trato dado en virtud del artículo 907(a)(1)(A) a todos los cigarrillos importados (en la medida en que sean similares), y no sólo a los cigarrillos de clavo de olor, con el otorgado a todos los cigarrillos similares de producción nacional.³⁷⁵

185. El Grupo Especial determinó que la comparación debía realizarse entre el trato dado a los cigarrillos de clavo de olor importados y el otorgado a los cigarrillos de producción nacional con respecto a los cuales había constatado previamente que eran productos similares, es decir, los cigarrillos mentolados. Su razonamiento fue el siguiente:

El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige una comparación de "productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros" con "productos similares de origen nacional". Estas disposiciones se refieren a los productos importados del territorio de "cualquier otro Miembro", y no, de forma más general, al de "los Miembros" o de "otros Miembros". Los productos importados en este caso son los productos importados del territorio de

En lo que respecta a los productos nacionales, hemos constatado que los cigarrillos mentolados son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor para los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque, entre otras cosas, ambos contienen un aditivo que les confiere un aroma característico que los hace atractivos para los jóvenes. No hemos analizado si los cigarrillos ordinarios nacionales son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor importados, porque consideramos que rebasaríamos los límites de nuestro mandato.³⁷⁷

no limita el conjunto de los productos que han de

con los productos importados del Miembro reclamante una relación de competencia suficientemente estrecha para ser considerados productos similares en el sentido de dicha disposición.

192. Por expresarlo con claridad, con arreglo al párrafo 1 del artículo 2, el deber que tiene un grupo especial de identificar qué productos de origen nacional y de otro origen son similares a los productos importados del Miembro reclamante no exime al reclamante de acreditar *prima facie* una infracción del párrafo 1 del artículo 2. Normalmente, para satisfacer esa carga, el Miembro reclamante identificará los productos importados y nacionales que son supuestamente similares y cuyo trato es preciso comparar con el fin de demostrar la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2. Los productos identificados por el Miembro reclamante constituyen el punto de partida para que un grupo especial realice un an

lado, y el otorgado al grupo de productos nacionales similares, por el otro. Para determinar el alcance de los productos similares importados y nacionales, un grupo especial no tiene por qué limitarse a los productos específicamente identificados por el Miembro reclamante. Antes bien, un grupo especial debe evaluar objetivamente, sobre la base de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre esos productos, qué productos nacionales son similares a los productos importados del Miembro reclamante. Una vez que se ha identificado el universo de productos similares importados y nacionales, se debe comparar el trato dado a todos los productos similares importados del Miembro reclamante con el otorgado a todos los productos nacionales similares. La norma de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 no prohíbe las distinciones reglamentarias entre productos respecto de los cuales se haya constatado que son similares, a condición de que el trato dado al grupo de productos similares importados del Miembro reclamante no sea menos favorable que el otorgado al grupo de productos nacionales similares.

195. Abordamos en este marco analítico las alegaciones concretas de error formuladas por los Estados Unidos. En esencia, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial redujo de forma inadmisiblemente el ámbito de los productos que habían de compararse a los efectos de la evaluación de la alegación de Indonesia según la cual el artículo 907(

Estados Unidos eran cigarrillos de clavo de olor.³⁹¹ El Grupo Especial observó asimismo que únicamente "un pequeño porcentaje de cigarrillos que no eran de clavo de olor" se importaba de Indonesia en los Estados Unidos.³⁹² En consecuencia, el Grupo Especial no incurrió en error al

Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) modifica las condiciones de competencia en detrimento del

Grupo Especial debería haber tenido en cuenta pruebas que demostraban que había en el mercado cigarrillos aromatizados de producción nacional "en los años inmediatamente precedentes a la fecha de entrada en vigor de la prohibición".³⁹⁹ El artículo 907(a)(1)(A) se promulgó específicamente para responder a una "tendencia emergente de productos" y puso fin a un "mercado potencial" que los productores estadounidenses estaban explorando activamente en fechas tan recientes como 2008.⁴⁰⁰ Por lo tanto, el hecho de que la prohibición de los cigarrillos aromatizados entrara en vigor antes de que los productores estadounidenses pudieran "saturar" el mercado con esos productos no debe interpretarse como una prueba de que los productores estadounidenses no resultaron afectados por la prohibición.⁴⁰¹

203. Indonesia responde que la apelación de los Estados Unidos relativa al marco temporal pertinente para el análisis del Grupo Especial carece de pertinencia, porque el Grupo Especial actuó debidamente al comparar sólo el trato otorgado a los productos de los que en esta diferencia se ha constatado que son similares -los cigarrillos de clavo de ~~pad pu3ent17deenes-~~, yJ21.61aJ-22.1(r(brel1el tr)-7.3J21.6(

b) Artículo 11 del ESD

208.

mercado estadounidense en el momento de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). En la prueba documental 62 presentada por los Estados Unidos se enumeran las marcas de cigarrillos aromatizados con certificación de "seguros contra incendios" en los estados de Nueva York y Maine en 2009. Aunque esta última prueba abarca hasta la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), no demuestra cuáles eran las marcas y tipos de cigarrillos que se vendían efectivamente en el mercado estadounidense en esa fecha. Lo que hace es simplemente enumerar las marcas de cigarrillos con certificación de "seguros contra incendios". Por lo tanto, nos atenemos a nuestra conclusión.⁴¹¹

212. Así pues, al parecer el Grupo Especial no hizo caso omiso de las pruebas que, según los Estados Unidos, demostraban la presencia de cigarrillos aromatizados de producción nacional distintos de los mentolados en el mercado estadounidense en el momento de la prohibición. Antes bien, el Grupo Especial examinó esas pruebas, pero finalmente no le convencieron. Al determinar el peso que se debía atribuir a las pruebas que tenía ante sí, el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. En particular, el Grupo Especial no se excedió de las facultades que le confiere el artículo 11 del ESD simplemente por atribuir a las pruebas un peso y una significación diferentes de los que les atribuían los Estados Unidos.

5. Efecto perjudicial en los productos importados

213. Por último, los Estados Unidos alegan que, aun cuando el Órgano de Apelación estuviera de acuerdo con la comparación efectuada por el Grupo Especial en su análisis del trato menos favorable, el Grupo Especial, no obstante, incurrió en error al constatar que los efectos perjudiciales en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados no se "explicaban por factores que no guardaran relación con el origen extranjero de esos productos".⁴¹²

214. Los Estados Unidos no impugnan en apelación las constataciones del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato diferente del otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, y de que ese trato diferenciado redundaba en detrimento del producto importado, en la medida en que los cigarrillos de clavo de olor están prohibidos mientras que los cigarrillos mentolados están permitidos.⁴¹³ En consecuencia, la conclusión del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los cigarrillos de clavo de olor importados se mantiene.

⁴¹¹ Informe del Grupo Especial, nota 524 al párrafo 7.289.

⁴¹² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 99 (donde se hace referencia

215. Sin embargo, como se ha observado anteriormente⁴¹⁴, la existencia de un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia en el mercado pertinente para el grupo de productos importados frente al grupo de productos similares nacionales no es suficiente para establecer un incumplimiento de la obligación de trato nacional estipulada en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Cuando el reglamento técnico en litigio no discrimine contra las importaciones *de jure*, un grupo especial ha de estudiar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso, a saber, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio, y, en particular, si ese reglamento técnico es imparcial, a fin de determinar si el efecto perjudicial en las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, y no refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.

216. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados no guarda relación con el origen de los productos, puesto que aborda dos objetivos bien definidos: uno se refiere a la posible repercusión en el sistema de atención sanitaria estadounidense asociada con la necesidad de tratar a "millones" de adictos a los cigarrillos mentolados con síntomas de abstinencia; y el otro se refiere al riesgo de formación de un mercado negro y de contrabando para atender las necesidades de los fumadores de cigarrillos mentolados.⁴¹⁵

217. El Grupo Especial consideró que "la posible repercusión en el sistema de atención sanitaria y la posible aparición de un mercado negro y de contrabando de cigarrillos mentolados"⁴¹⁶

tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense.⁴¹⁷ (no se

222. No obstante, no estamos convencidos de que el Grupo Especial incurriera en error al constatar en definitiva que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. Por su diseño, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe todos los cigarrillos que tengan aromas característicos distintos del tabaco o el mentol. En relación con los cigarrillos que están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A), el Grupo Especial formuló la constatación fáctica de que "prácticamente todos los cigarrillos de clavo de olor" importados en los Estados Unidos en los tres años anteriores a la prohibición procedían de Indonesia.

dominan el mercado estadounidense de cigarrillos mentolados: Kool, Salem (Reynolds American) y Newport (Lorillard), mientras que Marlboro tiene una cuota de mercado menor.⁴³⁹

224. Dado lo anterior, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) indican claramente que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor refleja una discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia. Los productos que están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A) consisten principalmente en cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, mientras que los productos similares que esa medida de hecho permite consisten principalmente en cigarrillos mentolados de producción nacional.

225. Además, no estamos convencidos de que el efecto perjudicial del artículo 907(a)(1)(A) en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados efectivamente derive de una distinción reglamentaria legítima. Recordamos que el objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Una de las características particulares de los cigarrillos aromatizados, que los hace atractivos para los jóvenes, es la

atender las necesidades de los fumadores de cigarrillos mentolados. Por lo tanto, según afirman los Estados Unidos, la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados está justificada para evitar los riesgos derivados de los síntomas de abstinencia que aquejarían a los fumadores de cigarrillos mentolados en el caso de que se prohibieran esos cigarrillos. Observamos, sin embargo, que el ingrediente adictivo de los cigarrillos mentolados es la nicotina, no la menta ni ningún otro ingrediente que esté presente exclusivamente en los cigarrillos mentolados, y que ese ingrediente también está presente en un grupo de productos que está igualmente permitido de conformidad con el artículo 907(a)(1)(A), a saber, los cigarrillos ordinarios. Por lo tanto, no resulta claro que los riesgos que los Estados Unidos alegan minimizar permitiendo que los cigarrillos mentolados permanezcan en el mercado se materializaran en caso de prohibirse los cigarrillos mentolados, en la medida en que los cigarrillos ordinarios siguieran en el mercado.

226. Por lo tanto, aunque el artículo 907(a)(1)(A) no distingue expresamente entre el trato dado a los productos similares importados y nacionales, dicha disposición funciona de manera que refleja una discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia. En consecuencia, pese a nuestras reservas respecto de la brevedad del análisis del Grupo Especial, estamos de acuerdo con éste en que, al eximir a los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados, el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares nacionales, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

b) Artículo 11 del ESD

227. Por último, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque constató que el artículo 907(a)(1)(A) evita imponer costos a las entidades estadounidenses, sin que en su expediente hubiera fundamento alguno que le permitiera llegar a esa conclusión.⁴⁴² Los Estados Unidos aducen que la medida impuso costos de aplicación a la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos (la "FDA"), y a los productores nacionales de cigarrillos con aromas característicos a cuyo mercado potencial se puso fin. Al reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, el artículo 907(a)(1)(A) también reduce la demanda subsiguiente de cigarrillos. Por lo tanto, restringe también el mercado de cigarrillos para "adultos", que está formado casi enteramente por productores nacionales.⁴⁴³

228. Indonesia responde que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al llegar a su constatación, que está respaldada por pruebas que demuestran que la exención

⁴⁴² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 110.

⁴⁴³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 111.

de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una transacción política con la rama de producción de tabaco estadounidense.⁴⁴⁴

229. Recordamos que, en *CE - Elementos de fijación (China)*, el Órgano de Apelación consideró que "es inaceptable que un participante replantee sus argumentos ante el grupo especial en forma de alegación basada en el artículo 11" y que "una alegación de que un grupo especial ha incumplido los deberes que le impone el artículo 11 del ESD debe sostenerse por sí misma y no ha de formularse simplemente como un argumento o alegación subsidiarios en apoyo de una alegación de que el grupo especial no aplicó correctamente una disposición de los acuerdos abarcados".⁴⁴⁵ Teniendo presentes estas consideraciones, pasamos a examinar la apelación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) no imponía ningún costo a ninguna entidad estadounidense.

230. Como se ha indicado *supra*, consideramos que el Grupo Especial no explicó plenamente el fundamento de la declaración de que el artículo 907(a)(1)(A), si bien imponía "costos" a los productores extranjeros, no imponía "ningún costo a ninguna entidad estadounidense". Sin embargo, la declaración del Grupo Especial debería leerse teniendo en cuenta el hecho de que, en el párrafo 7.289 de su informe, examinó los costos impuestos a los productores "en el momento de la prohibición" y que equiparó el concepto de "entidad" al de "productor", por lo que comparó los costos impuestos a los productores en Indonesia con los impuestos a los productores estadounidenses, excluyendo las entidades gubernamentales como la FDA.

231. Nos parece que la alegación de los Estados Unidos concierne a la comparación que el Grupo Especial hizo a los efectos del trato menos favorable, más que a la supuesta falta de pruebas en el expediente del Grupo Especial qorse p5e justificara ausencia de costos para las entidades estadounidenses. Observamos que los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error, en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, al limitar el ámbito de su análisis del trato menos favorable a los efectos del artículo 907(a)(1)(A) en todos los cigarrillos nacionales en el momento en que la medida entró en vigor, excluyendo los cigarrillos aromatizados producidos en los Estados Unidos antes de que la prohibición entrara en vigor.⁴⁴⁶ A nuestro juicio, el argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al no considerar la repercusión del artículo 907(a)(1)(A) en los productores estadounidenses antes de la entrada en vigor de la

⁴⁴⁴ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 189.

⁴⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498; y el

prohibición también implica que el Grupo Especial se equivocó al afirmar que la medida no imponía ningún costo a ningún productor estadounidense. Por consiguiente, estimamos que la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial infringió el artículo 11 del ESD porque constató que el artículo 907(a)(1)(A) no imponía "ningún costo a ninguna entidad estadounidense" es subsidiaria de su alegación de que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que el artículo 907(a)(1)(A) otorga un trato menos favorable a los cigarrillos de clavo de olor importados que a los cigarrillos mentolados de origen nacional similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

232. A la luz de lo anterior, no consideramos que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

6. Conclusión sobre el "trato no menos favorable"

233. Dado lo anterior, *confirmamos*, aunque por razones distintas, la constatación del Grupo Especial, en el párrafo 7.292 de su informe, según la cual, al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y eximir al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición, el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCa da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

D. *Conclusiones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

234. A la luz de las precedentes consideraciones con respecto a las constataciones del Grupo Especial sobre la similitud y el trato menos favorable, *confirmamos*, aunque por razones distintas, la constatación del Grupo Especial que figura en los párrafos 7.293 y 8.1 b) de su informe, según la cual el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCa es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a cigarrillos mentolados similares de origen nacional.

235. Al llegar a esta conclusión, deseamos aclarar las consecuencias de nuestra decisión. No consideramos que el *Acuerdo OTC*, ni ninguno de los acuerdos abarcados, deba interpretarse de manera que impida a los Miembros formular y aplicar políticas de salud pública en general, ni políticas de control del tabaco en particular, mediante la regulación del contenido de los productos de tabaco, incluida la prohibición o restricción del uso de ingredientes que aumenten el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos para los jóvenes y los posibles fumadores. Además, reconocemos la

importancia de los esfuerzos realizados por los Miembros en la Organización Mundial de la Salud en materia de control del tabaco.

236. Si bien hemos confirmado la constatación del Grupo Especial de que la medida concreta en litigio en esta diferencia es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no estamos diciendo que un Miembro no pueda adoptar medidas para perseguir objetivos sanitarios legítimos, tales como limitar y prevenir el consumo de tabaco por los jóvenes. En particular, no estamos diciendo que los Estados Unidos no puedan prohibir los cigarrillos de clavo de olor; sin embargo, si deciden hacerlo, han de hacerlo de manera compatible con el *Acuerdo OTC*. Aunque el artículo 907(a)(1)(A) persigue el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco por los jóvenes prohibiendo los cigarrillos que contienen aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes, lo hace de manera que es incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, puesto que exime de la prohibición de los

había sometido era si los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les correspondían en virtud del párrafo 12 del artículo

242. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial "se abstuvo de determinar formalmente" si el párrafo 5.2 constituye una interpretación autorizada del párrafo 12 del artículo 2, "diciendo únicamente que 'ha de guiarse' por el párrafo 5.2" porque fue objeto del acuerdo de todos los Miembros de la OMC reunidos en Conferencia Ministerial, que es el órgano de más alto rango de la Organización.⁴⁵² Los Estados Unidos sostienen que, a pesar de no haber constatado que el párrafo 5.2 tiene la condición jurídica de una interpretación autorizada adoptada de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 5.2 como una "norma" que modificaba el texto del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁴⁵³ Alegan que el valor jurídico del párrafo 5.2 es, como máximo, un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*.⁴⁵⁴

243. Indonesia responde que "el Grupo Especial estableció *efectivamente* que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es una interpretación vinculante de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*", y que también se puede considerar que es un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, sobre la interpretación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁴⁵⁵

244. El Grupo Especial indicó en el párrafo 7.575 de su informe que el texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha "*parece indicar* que la intención de la Conferencia Ministerial y, por lo tanto, del órgano de más alto nivel de la OMC, en el que se reúnen todos los Miembros, era que el párrafo 5.2 fuese vinculante".⁴⁵⁶ En apelación, Indonesia se basa en esta última declaración que hizo el Grupo Especial y aduce que éste constató que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es una interpretación vinculante "de conformidad con" el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.⁴⁵⁷

245. El Grupo Especial declaró en el párrafo 7.576 de su informe que, aunque los Estados Unidos e Indonesia discreparon en cuanto a la categorización del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha como una interpretación autorizada conforme al párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, se "guiar[ía] por [el párrafo 5.2] en su interpretación de la expresión 'plazo prudencial', ya que fue objeto del acuerdo de todos los Miembros de la OMC reunidos en Conferencia Ministerial,

⁴⁵² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 124 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.576).

⁴⁵³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 129.

⁴⁵⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 126.

⁴⁵⁵ Comunicación del apelado presentada por Indonesia párrafo 222. (las cursivas figuran en el original)

⁴⁵⁶ Sin cursivas en el original.

⁴⁵⁷ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 222.

que es el órgano de más alto rango de la Organización". En apelación, los Estados Unidos se basan en esa declaración del Grupo Especial y aducen que éste no constató que el párrafo 5.2 constituya una interpretación autorizada adoptada por la Conferencia Ministerial de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.⁴⁵⁸

246. A nuestro juicio, en el párrafo 7.575 de su informe, el Grupo Especial identificó determinadas características de la Decisión Ministerial de Doha que *indican* que los Miembros tenían intención de adoptar una interpretación "vinculante" de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. La declaración que hizo el Grupo Especial en el párrafo 7.575 fue, según sus propios términos provisional. Además, esa declaración no fue seguida de ninguna "constatación" de que el párrafo 5.2 constituye una interpretación adoptada de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*. Por lo tanto, no coincidimos con Indonesia en que el Grupo Especial *constató* que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha "es una interpretación vinculante de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*".⁴⁵⁹

247. A pesar de nuestra conclusión de que el Grupo Especial no determinó formalmente si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye una interpretación multilateral de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, examinaremos no obstante la cuestión de si el párrafo 5.2 tiene, de hecho, esa

adoptadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* "tienen por objeto aclarar el sentido de obligaciones existentes, no modificar su contenido".⁴⁶⁰ El párrafo 2 del artículo IX establece que las decisiones de adoptar interpretaciones multilaterales solamente pueden tomarlas los Miembros reunidos en Conferencia Ministerial o el Consejo General, y que tales decisiones han de tomarse por mayoría de tres cuartos de los Miembros. En cuanto a las decisiones de adoptar interpretaciones multilaterales de un Acuerdo Comercial Multilateral contenido en el Anexo 1 del *Acuerdo sobre la OMC*, el párrafo 2 del artículo IX obliga a la Conferencia Ministerial o al Consejo General a ejercer su facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. Por lo tanto, aunque el párrafo 2 del artículo IX confiere a la Conferencia Ministerial y al Consejo General la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones multilaterales del *Acuerdo sobre la OMC*, el ejercicio de esa facultad está enmarcado dentro de parámetros definidos establecidos por esa disposición.

250. Las interpretaciones multilaterales adoptadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* tienen un efecto jurídico generalizado. Esas interpretaciones son vinculantes para todos los Miembros. A nuestro juicio, el amplio efecto jurídico de estas interpretaciones es precisamente el motivo por el que el párrafo 2 del artículo IX somete la adopción de esas interpretaciones a procedimientos de adopción de decisiones claramente formulados y estrictos.

251. En cuanto a la cuestión de si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha se puede caracterizar como una interpretación multilateral del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, recordamos que el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* establece dos requisitos específicos aplicables a la adopción de interpretaciones multilaterales de los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Anexo 1 del *Acuerdo sobre la OMC*: i) la decisión de la Conferencia Ministerial o del Consejo General de adoptar esas interpretaciones se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros; y ii) esas interpretaciones se adoptarán sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento del Acuerdo pertinente. Por consiguiente, examinaremos la cuestión de si la decisión de adoptar el párrafo 5.2 se ajusta a este procedimiento específico de adopción de decisiones.

252. En lo que concierne al primer requisito,

segundo requisito, el Grupo Especial señaló que "*parece* que al adoptar la Decisión Ministerial de Doha, la Conferencia Ministerial no cumplió el requisito previo establecido en el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*" de ejercer su facultad sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías.⁴⁶¹ El Grupo Especial declaró además que "[p]odría aducirse" que el incumplimiento de ese "requisito de forma" es insuficiente para concluir que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.⁴⁶² Los Estados Unidos aducen en apelación que "[l]os grupos especiales no están autorizados a dispensar de los requisitos del párrafo 2 del artículo IX ni a imponer a los Miembros una interpretación que no se haya adoptado de la manera exigida".⁴⁶³

253. No estamos de acuerdo con el Grupo Especial en la medida en que sugirió que la inexistencia de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías "es insuficiente para concluir que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*".⁴⁶⁴ Aunque el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* confiere a la Conferencia Ministerial y al Consejo General la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones multilaterales del *Acuerdo sobre la OMC*, dicha facultad debe ejercerse dentro de los parámetros definidos del párrafo 2 del artículo IX. Nos parece que la opinión que expresó el Grupo Especial no respeta el procedimiento específico de adopción de decisiones establecido por el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*. A nuestro juicio, caracterizar el requisito de actuar sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento del Acuerdo pertinente como un "requisito de forma" no permite a un grupo especial excluir ese requisito de la disposición de un tratado ni atenúa su efectividad.

254. Aunque se puede interpretar que el razonamiento del Grupo Especial indica que la Conferencia Ministerial podría dispensar de un requisito específico establecido por el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, los términos de esa disposición no indican que se pueda prescindir del cumplimiento de este requisito. A este respecto, recordamos que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, la Conferencia Ministerial o el Consejo General "*ejercerán*" su facultad de adoptar una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral contenido en el Anexo 1 del *Acuerdo sobre la OMC* "sobre la base de una recomendación" del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. Consideramos que la recomendación del Consejo pertinente es un elemento esencial del párrafo 2 del artículo IX, que

⁴⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.574 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5). (sin cursivas en el original)

⁴⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.575.

⁴⁶³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 125.

⁴⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.575.

constituye el fundamento jurídico en que se basan la Conferencia Ministerial o el Consejo General para ejercer su facultad de adoptar interpretaciones del *Acuerdo sobre la OMC*. Por consiguiente, una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral contenido en el Anexo 1 del *Acuerdo sobre la OMC debe* adoptarse sobre la base de una recomendación del Consejo pertinente encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo.

255.

la *Convención de Viena*. Observamos que las interpretaciones multilaterales adoptadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, por una parte, y los acuerdos ulteriores sobre interpretación en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, por otra, tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos conforme a las normas de la OMC. Las interpretaciones multilaterales previstas en el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* ofrecen a los Miembros un medio mediante el cual -actuando por conducto de los órganos de máximo nivel de la OMC- pueden adoptar interpretaciones vinculantes que aclaren las normas de la OMC a todos los Miembros. Esas interpretaciones son vinculantes para todos los Miembros, inclusive respecto de todas las diferencias en que estas interpretaciones sean pertinentes.

258. Por otra parte, el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* es una norma de interpretación de los tratados en virtud de la cual el intérprete de un tratado utiliza un acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación de una disposición de un tratado como medio de interpretación para determinar el sentido de esa disposición. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, los grupos especiales y el Órgano de Apelación están obligados a aplicar las normas usuales de interpretación del derecho internacional público -incluida la norma contenida en el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*- para aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados. Las interpretaciones formuladas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación en el curso de los procedimientos de solución de diferencias solamente vinculan a las partes en una diferencia concreta.⁴⁶⁹ El párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* no impide a los grupos especiales y al Órgano de Apelación recurrir a una norma usual de interpretación del derecho internacional público que, a tenor del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, están obligados a aplicar.

259. Recordamos asimismo que, en *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/ CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, el Órgano de Apelación declaró que las

⁴⁶⁹ En *Estados Unidos - Acero inoxidable (México)*, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

Está firmemente establecido que los informes del Órgano de Apelación no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes. Sin embargo, esto no significa que los grupos especiales posteriores tengan libertad para hacer caso omiso de las interpretaciones jurídicas y la

"interpretaciones multilaterales tienen por objeto aclarar el sentido de obligaciones existentes"⁴⁷⁰, y que "las interpretaciones multilaterales adoptadas conforme al párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* son muy parecidas a los acuerdos ulteriores en el sentido del apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la *Convención de Viena*".⁴⁷¹ En consecuencia, habida cuenta de la función específica de las interpretaciones multilaterales adoptadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX, y del hecho de que esas interpretaciones las adoptan los Miembros reunidos en los órganos de máximo nivel de la OMC, dichas interpretaciones son muy parecidas a los acuerdos ulteriores sobre interpretación, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, pero *no agotan* dichos acuerdos.

260. Consideramos por lo tanto que una decisión adoptada por los Miembros *distinta de* una que haya sido adoptada de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* puede constituir un "acuerdo ulterior" sobre la interpretación de una disposición de un acuerdo abarcado en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*. En consecuencia, pasamos a la

adoptó después del acuerdo pertinente de la OMC en cuestión, el *Acuerdo OTC*. Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave a la que hay que responder es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un *acuerdo* entre los Miembros sobre la

párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*- acerca de la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

267. Observamos que el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* no establece ningún requisito en cuanto a la forma que debe adoptar un "acuerdo ulterior entre las partes". Consideramos, por lo tanto, que el término "acuerdo" que figura en el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* se refiere fundamentalmente al fondo y no a la forma. Así pues, a nuestro juicio se puede considerar que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* siempre y cuando exprese con claridad un entendimiento común entre los Miembros con respecto al sentido de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y la aceptación de ese entendimiento. Al determinar si ello es así, consideramos que los términos y el contenido de dicho párrafo son decisivos. A este respecto, señalamos que el entendimiento entre los Miembros acerca del sentido de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* lo expresan los términos "*se entenderá que ... significa*", que no se puede considerar que sean meramente exhortatorios.

268. Por las razones anteriormente expuestas, confirmamos la constatación del Grupo Especial, en el párrafo 7.576 de su informe, de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, acerca de la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

269. A la luz de nuestra caracterización del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha como un acuerdo ulterior entre las partes en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, pasamos a examinar el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* teniendo en cuenta la aclaración de la expresión "plazo prudencial" que ofrece el párrafo 5.2. Observamos que la CDI, en sus comentarios sobre los *Proyectos de artículos sobre el derecho de los tratados*, afirma que un acuerdo ulterior entre las partes en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 "debe ser tenid[o] en cuenta a efectos de la interpretación del tratado".⁴⁷³ A nuestro juicio8 T con clariw[(cuen1".)]mi al

Decisión Ministerial de Doha constituyen una aclaración interpretativa que debe tenerse en cuenta en la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

270. El párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

Salvo en las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10, los Miembros preverán un plazo prudencial entre la publicación de

C. *La constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

276. Pasamos seguidamente a examinar la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que los Estados Unidos no refutaron. Los Estados Unidos esgrimen esencialmente dos argumentos para respaldar su alegación de que el Grupo Especial constató incorrectamente que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En primer lugar, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que Indonesia había establecido una presunción *prima facie* porque Indonesia no estableció que el plazo de tres meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCa no fuera prudencial a la luz de su repercusión en la capacidad de los productores indonesios para adaptarse a las prescripciones de esa medida.⁴⁷⁷ En segundo lugar, aducen que, incluso suponiendo a efectos de argumentación que el Grupo Especial actuó correctamente al decidir que los elementos de la presunción *prima facie* podían inferirse exclusivamente del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, incurrió en error al constatar que Indonesia "había logrado establecer una presunción *prima facie*".⁴⁷⁸

277. Según los Estados Unidos, en vista de los elementos que figuran en el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, Indonesia "tendría que acreditar con pruebas y argumentos" una presunción *prima facie* de que: i) no existieron "circunstancias urgentes"; ii) el plazo fue inferior a seis meses; iii) "se trata de una situación 'normal'"; y iv) prever un plazo de al menos seis meses no haría que el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A) no fuera factible.⁴⁷⁹ Indonesia responde aduciendo que efectivamente estableció "una presunción *prima facie* de que el plazo de 90 días previsto por los Estados Unidos era considerablemente inferior a los seis meses" normalmente exigidos.⁴⁸⁰

278. Los Estados Unidos e Indonesia no están de

inferirse del texto de esta disposición, pero que "[a]un suponiendo, a efectos de argumentación, que el Grupo Especial" pudiera inferir los elementos de la presunción *prima facie* del párrafo 5.2, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que Indonesia había logrado establecer esa presunción.⁴⁸¹

279. No consideramos que los elementos de una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* haya que inferirlos exclusivamente de los términos del párrafo 12 del artículo 2, por una parte, o del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, por la otra. El párrafo 12 del artículo 2 impone a los Miembros importadores la obligación de prever un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor de sus reglamentos técnicos. Recordamos nuestra constatación anterior de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, sobre la interpretación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, nos parece que los elementos de una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* deben inferirse de una interpretación correcta de esta disposición, teniendo en cuenta -de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*- la aclaración interpretativa que ofrecen los términos del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha.

280. Recordamos además nuestra constatación anterior de que el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, interpretado debidamente a la luz del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, establece la regla de que, "normalmente", los productores de los Miembros exportadores necesitan un período de al menos seis meses para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. Basándonos en nuestra interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, consideramos que se establece una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 cuando se demuestra que el Miembro importador no ha previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión.

281. De acuerdo con las normas generales sobre la carga de la prueba recogidas en el informe sobre el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, consideramos que en el marco del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* incumbe al Miembro reclamante establecer que el Miembro demandado no ha previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión.⁴⁸² Si el Miembro reclamante establece esta presunción

⁴⁸¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 135.

⁴⁸² En el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, el Órgano de Apelación expuso sucintamente las reglas generales sobre la carga de la prueba en los siguientes términos:

prima facie de incompatibilidad, corresponde al Miembro demandado refutar la presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2. Recordamos que, en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, el Órgano de Apelación declaró que "la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas" que se necesitarán para establecer una presunción *prima facie* "variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso".⁴⁸³ Consideramos que, de modo similar, este razonamiento se aplica respecto de la cantidad y el tipo de pruebas que se necesitan para *refutar* una *presunción prima facie* de incompatibilidad.

282. El texto del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, interpretado teniendo presente el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, da una indicación del tipo de pruebas que se necesita para refutar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con esa disposición. En primer lugar, el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* excluye de la obligación de prever un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor de los reglamentos técnicos "las circunstancias urgentes" mencionadas en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, si a un Miembro que aplica un reglamento técnico se le plantean "problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional", no se puede considerar que un período de seis meses o más sea un "plazo prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2. En segundo lugar, el párrafo 12 del artículo 2 indica expresamente que la justificación de prever un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor de un reglamento técnico es "dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción" a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. Si esos productores pueden adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones de un reglamento técnico del Miembro importador en menos de seis meses, no se puede considerar que un período de seis meses o más sea un "plazo prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2. En tercer lugar, el párrafo 5.2 permite al Miembro importador apartarse de la obligación de prever un "plazo prudencial", "normalmente" no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor de sus reglamentos técnicos, cuando con ese plazo "no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos" por su reglamento técnico. Por consiguiente, no se puede considerar que un período "no inferior a seis meses" sea un "plazo prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 si ese período hace que no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos por el reglamento técnico en cuestión.

... la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.

(Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16)

⁴⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

283.

286. Recordamos que anteriormente hemos expresado nuestra opinión de que los elementos de una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* deben inferirse de una interpretación correcta de esta disposición, teniendo en cuenta -de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*- la aclaración interpretativa que ofrecen los términos del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha. De modo muy similar, la forma en que se asigna la carga de la prueba en el marco del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ha de estar informada por una interpretación que analice debidamente el texto, el contexto y el objeto y fin de dicha disposición. A nuestro modo de ver, la carga de la prueba respecto de una disposición concreta de los acuerdos abarcados *no puede* entenderse aisladamente de la lógica general de esa disposición y de la función para la que fue concebida. Por el contrario, es teniendo en cuenta la función y motivos de una disposición concreta como un órgano resolutorio puede evaluar adecuadamente la forma en que debe asignarse la carga de la prueba en el marco de esa disposición.

287. Recordamos que en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se explica que la razón de prever un plazo entre la publicación y la entrada en vigor de un reglamento técnico es "dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción" a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. Según sus propios términos, el párrafo 12 del artículo 2 señala a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, como los beneficiarios de un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico de un Miembro importador. Por lo tanto, el concepto de un "plazo prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 tiene por objeto dar cierta certeza a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, en cuanto al tiempo en que cabe prever razonablemente que entre en vigor el reglamento técnico de un Miembro importador.

288. El párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha aclara la interpretación del concepto de un "plazo prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 al establecer la regla de que los productores de los Miembros exportadores necesitan un período de al menos seis meses para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. Así pues, el párrafo 5.2 refuerza el grado de certeza que el concepto de un "plazo prudencial" tiene por objeto ofrecer a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, en cuanto al tiempo en que cabe prever razonablemente que entre en vigor el reglamento técnico de un Miembro importador.

289. La regla del párrafo 12 del artículo 2, como fue aclarada por el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, está concebida expresamente para que los productores del Miembro reclamante,

y en especial de un país en desarrollo Miembro reclamante, tengan tiempo suficiente para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro demandado. Por lo tanto, nos parece que cuando el Miembro demandado intenta apartarse de esta regla que, según sus propios términos, señala a los productores del Miembro reclamante como los beneficiarios de un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor de un reglamento técnico, el Miembro demandado debe asumir la carga de acreditar *prima facie* que existen las condiciones que permiten excepciones a esa regla. Por consiguiente, discrepamos del Grupo Especial en que correspondía a Indonesia acreditar *prima facie* que un período de al menos seis meses entre la publicación del artículo 907(a)(1)(A) y su entrada en vigor no haría que no fuera factible el cumplimiento del objetivo perseguido por esta disposición. En cambio, consideramos que, a tenor del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, aclarado por el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, incumbe al Miembro demandado la carga de acreditar *prima facie* que un plazo no inferior a seis meses haría que "no [fuera] factible cumplir

292. Para refutar la presunción *prima facie*

artículo 907(a)(1)(A) 16 meses después de su entrada en vigor es una prueba que apunta a que esos productores necesitaban un período considerablemente superior a los tres meses previstos por los Estados Unidos. Por consiguiente, los Estados Unidos no demostraron que los productores de Indonesia podrían haberse adaptado a las prescripciones del artículo 907(a)(1)(A) en un período de tres meses.

295. Pasamos a examinar ahora la cuestión de si los Estados Unidos establecieron, con pruebas y argumentos suficientes, que un período de al menos seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) haría que no fuera factible cumplir el objetivo legítimo perseguido por esta disposición. Observamos que el Grupo Especial indicó que los Estados Unidos no habían explicado "por qué estimaron que prever un plazo de 90 días/tres meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) no hacía que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A), mientras que un plazo de seis meses sí lo hubiera hecho".⁴⁹² Los Estados Unidos adujeron ante el Grupo Especial que la FSPTCA "hace frente directamente a un problema grave, el consumo de tabaco entre los jóvenes" y que "el Congreso tenía intención de limitar ese comportamiento tanto como fuera posible".⁴⁹³ Aunque en los argumentos que esgrimieron los Estados Unidos ante el Grupo Especial se identifica el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A), estos argumentos no bastan para demostrar que prever un período no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) habría hecho que no fuera factible cumplir el objetivo legítimo de esta disposición.

296. En consecuencia, aunque discrepamos del Grupo Especial en que correspondía a Indonesia acreditar *prima facie* que un plazo de al menos seis meses entre la publicación de la FSPTCA y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) no haría que no fuera factible cumplir el objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A), compartimos sin embargo la opinión del Grupo Especial de que los Estados Unidos no demostraron que un plazo de al menos seis meses entre la publicación y la entrada en vigor haría que no fuera factible cu

artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

VII. Constataciones y conclusiones

298. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

a) Con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*:

i) confirma, aunque por razones distintas, la constatación que formula el Grupo Especial, en el párrafo 7.248 de su informe, de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

ii) constata que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis de los gustos 34 Tw[(dos actuaron)3.8(de r1

- i) confirma la constatación que formula el Grupo Especial en el párrafo 7.576 de su informe de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, sobre la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y
- ii) confirma, aunque por razones distintas, la constatación que formula el Grupo Especial, en los párrafos 7.595 y 8.1 h) de su informe, de que, al no haber previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

299. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan su medida, declarada en el presente informe, y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, incompatible con el *Acuerdo OTC*, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de ese Acuerdo.

Firmado en el original en Ginebra, el 22 de marzo de 2012, por:

Shotaro Oshima
Presidente de la Sección

Ricardo Ramírez-Hernández
Miembro

Peter Van den Bossche
Miembro

ANEXO I

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS406/6
10 de enero de 2012

(12-0103)

Original: inglés

**ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA PRODUCCIÓN
Y VENTA DE CIGARRILLOS DE CLAVO DE OLOR**

Notificación de la apelación de los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

2. Los Estados Unidos solicitan que se revise la constatación del Grupo

jurisprudencia elaborada en el marco del apartado b) del artículo XX del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* al evaluar la compatibilidad del artículo 907(a)(1)(A) con el requisito de que los reglamentos técnicos "no restrin[an] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo ...".¹⁶ Aunque los Estados Unidos están de acuerdo con la conclusión definitiva recogida en el informe del Grupo Especial relativa a las alegaciones de Indonesia basadas en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, consideran que el análisis del Grupo Especial sobre este aspecto concreto se basa en erróneas constataciones sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.351-7.369.