



**AUSTRALIA - DETERMINADAS MEDIDAS RELATIVAS A LAS MARCAS
DE FÁBRICA O DE COMERCIO, INDICACIONES GEOGRÁFICAS
Y OTRAS PRESCRIPCIONES DE EMPAQUETADO GENÉRICO
APLICABLES A LOS PRODUCTOS DE TABACO Y AL
EMPAQUETADO DE ESOS PRODUCTOS**

AB-2018-4
AB-2018-6

Informes del Órgano de Apelación

Nota:

El Órgano de Apelación emite estos informes en forma de un documento único que constituye dos informes del Órgano de Apelación distintos: WT/DS435/AB/R; y WT/DS441/AB/R. La portada, las páginas preliminares, las secciones 1 a 7 y los anexos son comunes para los dos informes. En el encabezado de página de todo el documento figuran las dos firmas WT/DS435/AB/R y WT/DS441/AB/R.

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN	18
2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES.....	26
3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES	26
4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTAS APELACIONES.....	26
5 INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PERTINENTE.....	27
5.1 Los productos en cuestión	27
5.2 Las medidas en litigio.....	28
5.2.1 Panorama general.....	28
5.2.2 Prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco.....	30
5.2.3 Prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco.....	32
6 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN.....	32
6.1 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.....	33
6.1.1 Panorama general.....	33
6.1.2 La contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.....	36
6.1.2.1 Antecedentes del análisis y las constataciones del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia	36
6.1.2.2 Alegación de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC	39
6.1.2.3 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD	41
6.1.2.3.1 Introducción	41
6.1.2.3.1.1 Carga de la prueba	43
6.1.2.3.1.2 La naturaleza de la conclusión general del Grupo Especial y el alcance de las apelaciones de los apelantes.....	44
6.1.2.3.1.3 Temas transversales que subyacen a las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11	46
6.1.2.3.1.4 Enfoque al abordar las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD y orden de análisis	49
6.1.2.3.2 La evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas anteriores a la implementación relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP.....	50
6.1.2.3.2.1 Panorama general	50
6.1.2.3.2.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial	51
6.1.2.3.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al atribuir indebidamente valor probatorio a las publicaciones TPP	53
6.1.2.3.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no tener en cuenta las pruebas de la República Dominicana	58
6.1.2.3.2.5 Conclusión.....	64
6.1.2.3.3 La evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la aplicación de las medidas TPP	64
6.1.2.3.3.1 Alegaciones separadas relativas al análisis de los efectos reales de las medidas TPP realizado por el Grupo Especial	66
6.1.2.3.3.2 Grupos de alegaciones basados en temas transversales	118

6.1.2.3.3.3 Alegaciones relativas a las aseveraciones del Grupo Especial sobre la repercusión futura de las medidas TPP.....	138
6.1.2.3.3.4 Alegaciones que no es necesario que abordemos a los efectos de resolver las presentes diferencias.....	140
6.1.2.3.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.....	143
6.1.3 La restrictividad del comercio de las medidas TPP	153
6.1.3.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC	153
6.1.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2	161
6.1.3.2.1 Panorama general	161
6.1.3.2.2 La reducción de las oportunidades de que los productos se diferencien sobre la base de las marcas	164
6.1.3.2.3 El efecto de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados.....	167
6.1.3.2.3.1 El criterio de causalidad aplicado por el Grupo Especial	172
6.1.3.2.3.2 El razonamiento hecho por el Grupo Especial en el párrafo 7.1221 de su informe.....	176
6.1.3.2.3.3 La reacción de los agentes privados a las medidas TPP.....	178
6.1.3.2.4 Conclusión sobre la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2	180
6.1.3.3 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD	180
6.1.3.4 Conclusión	183
6.1.4 Medidas alternativas	184
6.1.4.1 Panorama general.....	184
6.1.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en su evaluación de la restrictividad del comercio relativa de las medidas alternativas	185
6.1.4.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en su evaluación de la contribución relativa de las medidas alternativas	189
6.1.4.4 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD	198
6.1.4.5 Conclusión relativa a la evaluación de las medidas alternativas realizada por el Grupo Especial	200
6.1.5 Conclusión general en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.....	201
6.2 Opinión separada de un Miembro de la Sección con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.....	202
6.2.1 Introducción.....	202
6.2.2 No era necesario abordar las alegaciones de los apelantes relativas a la contribución de las medidas TPP para resolver la diferencia	203
6.2.3 Debido proceso y artículo 11 del ESD	205
6.3 Alegaciones al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC.....	206
6.3.1 Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC	206
6.3.1.1 Resumen de las constataciones del Grupo Especial.....	207
6.3.1.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16	212

6.3.2	Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC	227
6.3.2.1	Introducción	227
6.3.2.2	Resumen de las constataciones del Grupo Especial.....	228
6.3.2.3	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.....	232
6.3.2.4	La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.....	242
6.3.2.4.1	El examen de la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las medidas TPP realizado por el Grupo Especial	243
6.3.2.4.2	La evaluación realizada por el Grupo Especial de la cuestión de si las razones para la adopción de las exigencias especiales proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes	246
6.3.2.4.3	El peso atribuido por el Grupo Especial a las Directrices del CMCT	253
6.3.2.5	La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD en su análisis de las prescripciones de las medidas TPP relativas a las barras de cigarrillos sueltas	256
6.3.2.6	Conclusión	259
7	CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES.....	259
7.1	Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.....	259
7.2	Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC	261
7.3	Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC	262
7.4	Recomendación	263

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LOS PRESENTES INFORMES

Abreviatura	Descripción
ASSAD	Alcohol, tabaco y drogas en los estudiantes de enseñanza secundaria de Australia
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
Acuerdo sobre los ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (enmendado el 23 de enero de 2017)
ASG	advertencias sanitarias gráficas
CCA	Consejo contra el Cáncer de Australia
CCQ	Consejo contra el Cáncer de Queensland
CCV	Consejo contra el Cáncer de Victoria
CMCT	Convenio Marco para el Control del Tabaco
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27
Convenio de París	Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial
Convenio de París (1967)	Acta de Estocolmo del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 14 de julio de 1967
CPMA	Alianza de Fabricantes de Envases de Consumo
Declaración de Doha	Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, WT/MIN(01)/DEC/2 (14 de noviembre de 2001)
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
HAC	consistente en presencia de heteroscedasticidad y autocorrelación
IEC	información estrictamente confidencial
IG	indicaciones geográficas
IMS/EOS	In-Market Sales/Exchange of Sales
INTA	Asociación Internacional de Marcas
IPE	Institute for Policy Evaluation
Ley TM	Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995 (Cth)
Ley TMA	Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
Ley TPP	Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)
MCO	mínimo cuadrado ordinario
medidas TPP	Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth); Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth); Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
NHS	Encuesta Nacional de Salud
NPHT	Equipo de Trabajo Nacional sobre Medicina Preventiva
NSWPHS	Encuesta de salud de la población de Nueva Gales del Sur
NTPPTS	Encuesta nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud

Abreviatura	Descripción
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación
Proyecto de Ley TMA	Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
Proyecto de Ley TPP	Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)
publicaciones TPP	publicaciones sobre el empaquetado genérico del tabaco
Reglamento TPP	Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth)
RMSE	error cuadrático medio
RMSS	Roy Morgan Single Source
TPA	Alianza de Protección de los Contribuyentes
UICC	Unión Internacional contra el Cáncer
VIF	factores de inflación de la varianza

**PRUEBAS DOCUMENTALES PRESENTADAS AL GRUPO ESPECIAL
CITADAS EN LOS PRESENTES INFORMES**

Número de prueba documental	Título abreviado	Descripción
AUS-1, JE-1	Ley TPP	Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)
AUS-2, JE-7	Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP	Memorándum explicativo, Proyecto de Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)
AUS-3, JE-2	Reglamento TPP	Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth)
AUS-4, JE-3	Ley TMA	Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
AUS-5, JE-5	Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA	Memorándum explicativo, Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
AUS-7	Informe de Samet	Expert Report of J. Samet (5 de marzo de 2015)
AUS-9		F. Chaloupka, Expert Report on Australia's Plain Packaging Legislation (7 de marzo de 2015)
AUS-10	Informe de Tavassoli	N. Tavassoli, Report on the World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings Concerning Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation (10 de marzo de 2015)
AUS-11		Expert Report of Dr Jean Pierre Dubé (9 de marzo de 2015)
AUS-12	Informe de Slovic	Expert Report of Dr Paul Slovic (4 de marzo de 2015)
AUS-14	Informe de Fong	Expert of Dr Geoffrey T. Fong (4 de marzo de 2015)
AUS-18	Informe de Katz	M. Katz, An Economic Assessment of the Effects of Tobacco Plain Packaging (9 de marzo de 2015)
AUS-19 (IEC)		HoustonKemp, Competition and Trade for Tobacco Products in Australia (9 de marzo de 2015)
AUS-23		British American Tobacco, Packaging Brief (2 de enero de 2001), N ^{os} Bates 325211963-3252121964
AUS-38		Unión Internacional para el Control del Cáncer y Consejo contra el Cáncer de Australia, <i>Comunicación escrita amici curiae presentada por no partes</i> (11 de febrero de 2015)
AUS-42 (revisada)		Organización Mundial de la Salud y secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Información de una no parte para el Grupo Especial (16 de febrero de 2015)
AUS-44, JE-19	CMCT	Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (2003)
AUS-67, JE-14	NPHT - Hoja de ruta para la adopción de medidas	Equipo de Trabajo Nacional sobre Medicina Preventiva, <i>Australia: The Healthiest Country by 2020 - National Preventative Health Strategy - The Roadmap for Action</i> , Gobierno de Australia (30 de junio de 2009)
AUS-76		Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, <i>Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General</i> (Atlanta, 2012)
AUS-81, CUB-61	Informe de Chantler	C. Chantler, Standardised Packaging of Tobacco: A Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler (abril de 2014)
AUS-140, HND-130, CUB-59	Examen de Stirling	C. Moodie, M. Stead, L. Bauld, A. McNeill, K. Angusa, K. Hinds, I. Kwan, J. Thomas, G. Hastings y A. O'Mara-Eves, Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review, Centro de Investigaciones sobre el Control del Tabaco del Reino Unido, Universidad de Stirling (2012)

Número de prueba documental	Título abreviado	Descripción
AUS-186, DOM-235	White <i>et al.</i> 2015a	V. White, T. Williams y M. Wakefield, "Has the Introduction of Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings Changed Adolescents' Perceptions of Cigarette Packs and Brands?" <i>Tobacco Control</i> , volumen 24 (2015), ii42-49
AUS-206, DOM-306	Wakefield <i>et al.</i> 2015	M. Wakefield, K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, M. Brennan y M. Scollo, "Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings One Year After Implementation: Results from a National Cross Sectional Tracking Survey", <i>Tobacco Control</i> , volumen 24 (2015), ii.17-ii25
AUS-207, HND-132, DOM-199	Dunlop <i>et al.</i> 2014	S. Dunlop, T. Dobbins, J. Young, D. Perez y D. Currow, "Impact of Australia's Introduction of Tobacco Plain Packs on Adult Smokers' Pack-Related Perceptions and Responses: Results from a Continuous Tracking Survey", <i>BMJ Open</i> , volume 4 (2014), doi:10.1136/bmjopen2014005836
AUS-215 (revisada), DOM-305	Durkin <i>et al.</i> 2015	S. Durkin, E. Brennan, M. Coomber, M. Zacher, M. Wakefield y M. Scollo, "Short-Term Changes in Quitting-Related Cognitions and Behaviours After the Implementation of Plain Packaging with Larger Health Warnings: Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", <i>Tobacco Control</i> , volumen 24 (2015), ii26-ii32
AUS-216, CUB-60	Examen de Stirling actualizado en 2013	C. Moodie, K. Angus, M. Stead y L. Bauld, "Plain Tobacco Packaging Research: An Update", Centre for Tobacco Control Research, Institute for Social Marketing, Universidad de Stirling (2013)
AUS-234		Carta de 6 de julio de 1994, dirigida por D. Latham, de Lovell, White, Durrant, a J. Smithson, Gerente de Relaciones Públicas de Rothmans International Services Limited, a la que se adjunta una carta de fecha 5 de julio de 1994, dirigida por L. Baeumer, Director del Departamento de Derecho de Propiedad Industrial de la OMPI, a D. Latham, de Lovell, White, Durrant, N ^{os} Bates 502592535-502592536
AUS-259		Ley sobre la Interpretación de las Leyes de 1901 (Cth)
AUS-501		S. Ulucanlar, G. Fooks, J. Hatchard y A. Gilmore, "Representation and Misrepresentation of Scientific Evidence in Contemporary Tobacco Regulation: A Review of Tobacco Industry Submissions to the UK Government Consultation on Standardised Packaging", <i>PLoS Medicine</i> , volumen 11 (2014), doi:101371/journal.pmed.1001629
AUS-515		Healthy Caribbean Coalition, <i>Escrito amicus curiae</i> (22 de abril de 2015)
AUS-531	Informe suplementario de Fong	G. Fong, Supplemental Report in Response to Professor Ajzen (8 de septiembre de 2015)
AUS-535 (IEC)	Informe de réplica de Chipty	Rebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (14 de septiembre de 2015)
AUS-555	Examen de Hammond	D. Hammond, Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review, elaborado para el Departamento de Salud de Irlanda (marzo de 2014)
AUS-582		F. Chaloupka, Rebuttal Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure (26 de octubre de 2015)
AUS-585	Segundo informe suplementario de Fong	G. Fong, Supplementary Report in Response to Professors Inman and Kleijnen (27 de octubre de 2015)
AUS-586		Surrebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (26 de octubre de 2015)

Número de prueba documental	Título abreviado	Descripción
AUS-588		N. Tavassoli, Rebuttal to Arguments Raised in Exhibit DOM/HND-14 (26 de octubre de 2015)
AUS-590		F. Chaloupka, Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure (7 de diciembre de 2015)
AUS-591	Segundo informe de réplica de Chipty	Second Rebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (8 de diciembre de 2015)
AUS-605	Tercer informe de réplica de Chipty	Third Rebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (1 de febrero de 2016)
AUS-624	EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco	Departamento de Salud, Post-Implementation Review: Tobacco Plain Packaging 2016, Gobierno de Australia (2016)
CUB-58		M. Stead, C. Moodie, K. Angus, L. Bauld, A. McNeill, J. Thomas, G. Hastings, K. Hinds, A. O'Mara-Eves, I. Kwan, R. Purves y S. Bryce, "Is Consumer Response to Plain/Standardised Tobacco Packaging Consistent with Framework Convention on Tobacco Control Guidelines? A Systematic Review of Quantitative Studies", <i>PLoS One</i> , volumen 8 (2013), doi:10.1371/journal.pone.0075919
DOM-65		OMPI, <i>WIPO Intellectual Property Handbook</i> , segunda edición (Ginebra, 2004; reimpresso en 2008)
DOM-100	Informe del IPE	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (7 de octubre de 2014)
DOM-232		R. Bonnie, K. Stratton y L. Kwan (editores), <i>Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products</i> , Instituto de Medicina de los Estados Unidos (The National Academies Press, 2015) (Copia previa a la publicación: pruebas sin corregir)
DOM-303	Informe del IPE actualizado	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (14 de septiembre de 2015)
DOM-361	Segundo informe del IPE actualizado	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (27 de octubre de 2015)
DOM-375	Tercer informe del IPE actualizado	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, and M. Wolf, Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (8 de diciembre de 2015)
DOM-379	Informe resumido del IPE	D. Afshartous, M. Hagedorn, Profesor A. Kaul y M. Wolf, Summary of Findings: Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (1 de febrero de 2016)
DOM-382	Yong <i>et al.</i> 2015	H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings y G. Fong, "Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project", <i>Tobacco Control</i> (19 de febrero de 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197
DOM/HND-3	Informe de examen por homólogos de Inman <i>et al.</i>	J. Inman, Plain Packaging Literature Peer Review Project (3 de octubre de 2014)
DOM/HND-4	Examen sistemático de Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman y M. Bosnjak, Quality of the Empirical Evidence Testing the Impact of Plain Packaging on Tobacco Consumption: A Systematic Review (6 de octubre de 2014)
DOM/HND-10	Informe de réplica de Steinberg	L. Steinberg, Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia (3 de julio de 2015)

Número de prueba documental	Título abreviado	Descripción
DOM/HND-15	Segundo informe de réplica de Steinberg	L. Steinberg, "Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Second Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia (23 de octubre de 2015)
DOM/HND/IDN-1		Comunicaciones <i>amicus curiae</i> de asociaciones empresariales y de propiedad intelectual que respaldan los argumentos de la República Dominicana
DOM/HND/IDN-2		Comunicación presentada por Moldova en calidad de tercero
DOM/HND/IDN-3	Informe de Ajzen	I. Ajzen, Examination of Australia's Reliance on Behavioral Theories to Support its Tobacco Plain Packaging Legislation (31 de mayo de 2015)
DOM/HND/IDN-4	Informe suplementario de Ajzen	I. Ajzen, Supplemental Report: Pre-Implementation Empirical Testing of Behavioral Theories Relied on by Australia to Justify Plain Packaging (7 de julio de 2015)
DOM/HND/IDN-5	Informe de réplica de Ajzen	I. Ajzen, The Role of Theory and Empirical Evidence in Evaluating the Effectiveness of Plain Packaging: Response to Australia and its Experts (27 de octubre de 2015)
DOM/HND/IDN-6	Respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial	I. Ajzen, Response to Questions 146, 202, and 203 by the Panel (8 de diciembre de 2015)
DOM/IDN-1	Informe de List	J. List, A Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation (1 de junio de 2015)
DOM/IDN-2	Informe de Ajzen <i>et al.</i> relativo a los datos	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List y A. Shaikh, Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australian Plain Packaging Legislation: Evidence from the National Plain Packaging Tracking Survey (NPPTS) and Other Datasets (15 de septiembre de 2015)
DOM/IDN-3	Informe de réplica de List	J. List, A Further Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation (16 de septiembre de 2015)
DOM/IDN-5	Segundo informe suplementario de List	J. List, A Synthesis of the Evidence on Australia's Plain Packaging Policy (28 de octubre de 2015)
DOM/IDN-7	Tercer informe suplementario de List	J. List, A Further Synthesis of the Newly-Available Evidence on Australia's Plain Packaging Policy (8 de diciembre de 2015)
DOM/IDN-9	Informe resumido de List	J. List, Concluding Summary on Australia's Plain Packaging Policy (2 de febrero de 2016)
HND-2, DOM-50		Equipo de Trabajo sobre Medicina Preventiva del Gobierno de Australia, "Terms of Reference", disponible en: http://www.preventativehealth.org.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/terms-of-reference-11p (consulta realizada el 7 de octubre de 2014)
HND-118		J. Klick, Rebuttal Report - A Reply to Dr Chipty (8 de julio de 2015)
HND-122		J. Klick, Supplemental Rebuttal Report - A Review of New and Updated Australian Survey and Market Data (16 de septiembre de 2015)
HND-133, DOM 237, DOM 311	Scollo <i>et al.</i> 2015a	M. Scollo, M. Zacher, K. Coomber, M. Bayly y M. Wakefield, "Changes in Use of Types of Tobacco Products by Pack Sizes and Price Segments, Prices Paid and Consumption Following the Introduction of Plain Packaging in Australia", <i>Tobacco Control</i> , volumen 24 (2015)
HND-165	Segundo informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, Second Supplemental Rebuttal Report - A Review of Australian Survey Data From New South Wales (28 de octubre de 2015)

Número de prueba documental	Título abreviado	Descripción
HND-166	Tercer informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, Third Supplemental Rebuttal Report - A Reply to Dr Chipty and Professor Chaloupka (8 de diciembre de 2015)
HND-169	Cuarto informe de réplica suplementario de Klick	J. Klick, Fourth Supplemental Rebuttal Report - Comments on Additional Arguments Raised by Dr Chipty (3 de febrero de 2016)
JE-6	Ley TM	Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995 (Cth)
JE-20		Directrices para la aplicación del artículo 11 (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco), documento FCTC/COP3(10), extraído de Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "Decisiones", Tercera reunión, Durban (Sudáfrica), 17-22 de noviembre de 2008, documento FCTC/COP/3/DIV/3 (16 de febrero de 2009)
JE-22	Exposición explicativa del Reglamento TPPA	Exposición explicativa, Reglamento Modificadorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth)
UKR-5		J. Klick, The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data (26 de julio de 2014)
UKR-6	Informe de Klick sobre las publicaciones TPP	Report by J. Klick on Plain Packaging Literature and Research Methodology (2 de octubre de 2014)

ASUNTOS CITADOS EN LOS PRESENTES INFORMES

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina - Calzado (CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado</i> , WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000
<i>Australia - Empaquetado genérico del tabaco (informe del Grupo Especial)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos</i> , WT/DS435/R, Add.1 y Suppl.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 28 de junio de 2018 [apelado por Honduras el 19 de julio de 2018] Informe del Grupo Especial, <i>Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos</i> , WT/DS441/R, Add.1 y Suppl.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 28 de junio de 2018 [apelado por la República Dominicana el 23 de agosto de 2018] Informe del Grupo Especial, <i>Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos</i> , WT/DS458/R, Add.1 y Suppl.1, adoptado el 27 de agosto de 2018 Informe del Grupo Especial, <i>Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos</i> , WT/DS467/R, Add.1 y Suppl.1, adoptado el 27 de agosto de 2018 WT/DS441/R
<i>Australia - Manzanas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia</i> , WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010
<i>Australia - Salmón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Australia - Salmón</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , WT/DS18/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS18/AB/R
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS332/AB/R
<i>Canadá - Aeronaves</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
<i>Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable / Canadá - Medidas relativas al programa de tarifas reguladas</i> , WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R, adoptados el 24 de mayo de 2013
<i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS321/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS321/R y Add.1 a Add.7, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS321/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y los Estados Unidos II)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos - Segundo recurso de Nueva Zelandia y los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, adoptado el 17 de enero de 2003
<i>CE - Accesorios de tubería</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Banano III</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos</i> , WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
<i>CE - Determinadas cuestiones aduaneras</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras</i> , WT/DS315/AB/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006
<i>CE - Elementos de fijación (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China</i> , WT/DS397/AB/R, adoptado el 28 de julio de 2011
<i>CE - Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China - Recurso de China al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS397/AB/RW y Add.1, adoptado el 12 de febrero de 2016
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
<i>CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de Australia</i> , WT/DS290/R, adoptado el 20 de abril de 2005
<i>CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de los Estados Unidos</i> , WT/DS174/R, adoptado el 20 de abril de 2005
<i>CE - Productos avícolas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas</i> , WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998
<i>CE - Productos derivados de las focas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014
<i>CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India - Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003
<i>CE - Sardinas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas</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 1º de junio de 2011
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS316/AB/RW y Add.1, adoptado el 28 de mayo de 2018
<i>Chile - Sistema de bandas de precios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas</i> , WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS207/AB/RW, adoptado el 22 de mayo de 2007

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>China - Derechos de propiedad intelectual</i>	Informe del Grupo Especial, <i>China - Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual</i> , WT/DS362/R, adoptado el 20 de marzo de 2009
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptados el 29 de agosto de 2014
<i>China - Tubos de altas prestaciones (Japón) / China - Tubos de altas prestaciones (UE)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes del Japón / China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes de la Unión Europea</i> , WT/DS454/AB/R y Add.1 / WT/DS460/AB/R y Add.1, adoptados el 28 de octubre de 2015
<i>Colombia - Textiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Colombia - Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado</i> , WT/DS461/AB/R y Add.1, adoptado el 22 de junio de 2016
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999
<i>Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
<i>Corea - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos</i> , WT/DS98/AB/R y Corr.1, adoptado el 12 de enero de 2000
<i>Corea - Válvulas neumáticas (Japón)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Derechos antidumping sobre las válvulas neumáticas procedentes del Japón</i> , WT/DS504/AB/R y Add.1, adoptado el 30 de septiembre de 2019
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Acero al carbono (India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India</i> , WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014
<i>Estados Unidos - Acero laminado en caliente</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón</i> , WT/DS184/AB/R, adoptado el 23 de agosto de 2001
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
<i>Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998</i> , WT/DS176/AB/R, adoptado el 1º de febrero de 2002
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos) / Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México II)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/AB/RW/USA y Add.1 / <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Segundo recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/AB/RW2 y Add.1, adoptado el 11 de enero de 2019

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/AB/RW y Add.1, adoptado el 3 de diciembre de 2015
<i>Estados Unidos - Aves de corral (China)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China</i> , WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor</i> , WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012
<i>Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor</i> , WT/DS406/R, adoptado el 24 de abril de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS406/AB/R
<i>Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero</i> , WT/DS350/AB/R, adoptado el 19 de febrero de 2009
<i>Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero</i> , WT/DS350/R, adoptado el 19 de febrero de 2009, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS350/AB/R
<i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China</i> , WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011
<i>Estados Unidos - EPO</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
<i>Estados Unidos - EPO</i>	Informes del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)</i> , WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptados el 23 de julio de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptados el 29 de mayo de 2015
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)</i>	Informes del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS384/RW y Add.1 / WT/DS386/RW y Add.1, adoptados el 29 de mayo de 2015, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"</i> , WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/RW
<i>Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina</i> , WT/DS268/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2004
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996

Título abreviado	Título completo y referencia
<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 - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Lavadoras</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea</i> , WT/DS464/AB/R y Add.1, adoptado el 26 de septiembre de 2016
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000</i> , WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS257/AB/RW, adoptado el 20 de diciembre de 2005
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS320/R y Add.1 a Add.7, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS320/AB/R
<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
<i>India - Células solares</i>	Informe del Grupo Especial, <i>India - Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares</i> , WT/DS456/R y Add.1, adoptado el 14 de octubre de 2016, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS456/AB/R
<i>India - Patentes (Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura</i> , WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
<i>Indonesia - Productos de hierro o acero</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Indonesia - Salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero</i> , WT/DS490/R, WT/DS496/R, y Add.1, adoptado el 27 de agosto de 2018, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R
<i>Indonesia - Regímenes de licencias de importación</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Indonesia - Importación de productos hortícolas, animales y productos del reino animal</i> , WT/DS477/R, WT/DS478/R, Add.1 y Corr.1, adoptado el 22 de noviembre de 2017, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS477/AB/R, WT/DS478/AB/R
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R
<i>Japón - DRAM (Corea)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea</i> , WT/DS336/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS336/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Japón - Manzanas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas</i> , WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>Japón - Productos agrícolas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas</i> , WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
<i>México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
<i>México - Medidas antidumping sobre el arroz</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz, Reclamación con respecto al arroz</i> , WT/DS295/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005
<i>Perú - Productos agropecuarios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Perú - Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios</i> , WT/DS457/AB/R y Add.1, adoptado el 31 de julio de 2015
<i>República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos</i> , WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005
<i>República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos</i>	Informe del Grupo Especial, <i>República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos</i> , WT/DS302/R, adoptado el 19 de mayo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS302/AB/R
<i>Rusia - Vehículos comerciales</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Rusia - Derechos antidumping sobre los vehículos comerciales ligeros procedentes de Alemania e Italia</i> , WT/DS479/AB/R y Add.1, adoptado el 9 de abril de 2018
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas</i> , WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011
<i>Tailandia - Vigas doble T</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia</i> , WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN**Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos**

Honduras, *apelante*¹
República Dominicana, *apelante*²
Australia, *apelado*

Argentina, *tercero participante*
Brasil, *tercero participante*
Canadá, *tercero participante*
Chile, *tercero participante*
China, *tercero participante*
Corea, *tercero participante*
Ecuador, *tercero participante*
Estados Unidos, *tercero participante*
Federación de Rusia, *tercero participante*
Filipinas, *tercero participante*
Guatemala, *tercero participante*
India, *tercero participante*
Indonesia, *tercero participante*
Japón, *tercero participante*
Malasia, *tercero participante*
Malawi, *tercero participante*
México, *tercero participante*
Nicaragua, *tercero participante*
Nigeria, *tercero participante*
Noruega, *tercero participante*
Nueva Zelandia, *tercero participante*
Omán, *tercero participante*
Panamá, *tercero participante*
Perú, *tercero participante*
República Dominicana, *tercero participante*³
Singapur, *tercero participante*
Sudáfrica, *tercero participante*
Tailandia, *tercero participante*
Taipei Chino, *tercero participante*
Turquía, *tercero participante*
Ucrania, *tercero participante*
Unión Europea, *tercero participante*
Uruguay, *tercero participante*
Zambia, *tercero participante*
Zimbabwe, *tercero participante*

AB-2018-4
AB-2018-6

Sección del Órgano de Apelación:

Servansing, Presidente de la Sección
Bhatia, Miembro
Graham, Miembro

1 INTRODUCCIÓN

1.1. Honduras y la República Dominicana apelan cada uno respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial, *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y*

¹ En la diferencia DS435 solamente.

² En la diferencia DS441 solamente.

³ En la diferencia DS435.

*al empaquetado de esos productos*⁴ (informe del Grupo Especial⁵). El Grupo Especial fue establecido para examinar las reclamaciones presentadas por Honduras⁶, la República Dominicana⁷, Cuba⁸, Indonesia⁹ y Ucrania¹⁰ con respecto a determinadas restricciones impuestas por Australia a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas (IG) y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a todos los productos de tabaco vendidos, ofrecidos para la venta o suministrados de otro modo en Australia. Las medidas en litigio en las presentes diferencias (las medidas TPP) son "uno de los medios por los que el Gobierno de Australia dará cumplimiento a las obligaciones asumidas por Australia en virtud del [Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco ((2003) (CMCT))]" y, en particular, los artículos 5, 11 y 13 del CMCT.¹¹

1.2. Los aspectos fácticos de estas diferencias se exponen con más detalle en la sección 2 del informe del Grupo Especial. Los aspectos fácticos relativos a los productos y las medidas en litigio en estas diferencias se exponen también en la sección 5 de los presentes informes.

1.3. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció Grupos Especiales distintos para que considerasen los asuntos planteados por cada uno de los cinco reclamantes.¹² El 24 de abril de 2014, Australia envió una comunicación al Presidente del OSD en nombre de las partes en las cinco diferencias.¹³ La comunicación se refería a determinadas disposiciones relativas a la composición de los Grupos Especiales y al calendario de los Grupos Especiales en dichas diferencias. En la comunicación se afirmaba, entre otras cosas: i) que Australia solicitaría al Director General que estableciera la composición de los Grupos Especiales encargados de examinar las reclamaciones presentadas por la República Dominicana y Cuba¹⁴; y ii) que de conformidad con el párrafo 3 del

⁴ WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R, de 28 de junio de 2018.

⁵ Los Grupos Especiales que consideraron las reclamaciones de Honduras (DS435), la República Dominicana (DS441), Cuba (DS458) e Indonesia (DS467) emitieron sus informes en forma de un documento único que constituye cuatro informes de grupo especial distintos. Para facilitar la lectura, en el presente informe los Grupos Especiales y los informes de los Grupos Especiales se denominan de forma colectiva el Grupo Especial y el informe del Grupo Especial, respectivamente. El informe del Grupo Especial tiene una sección separada de "Conclusiones y recomendaciones" (sección 8) para cada reclamante. Por lo tanto, cuando en los presentes informes del Órgano de Apelación se hace referencia a la sección 8 del informe del Grupo Especial, se especifica de qué informe del Grupo Especial se trata.

⁶ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Honduras, WT/DS435/16 (solicitud de grupo especial de Honduras).

⁷ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la República Dominicana, WT/DS441/15 (solicitud de grupo especial de la República Dominicana).

⁸ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Cuba, WT/DS458/14 (solicitud de grupo especial de Cuba).

⁹ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS467/15 (solicitud de grupo especial de Indonesia).

¹⁰ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, WT/DS434/11 (solicitud de grupo especial de Ucrania).

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.16 (donde se cita el Memorándum explicativo, Proyecto de Ley relativa al empaquetado genérico del tabaco de 2011 (Cth) (Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP) (Pruebas documentales AUS-2, JE-7 presentadas al Grupo Especial), página 2 (con resalte en el original)). El artículo 5 del CMCT dispone que cada Parte en el CMCT formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.101). La Parte III del CMCT, que incluye los artículos 11 y 13, trata sobre medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco. El artículo 11 se refiere al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco y el artículo 13 a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.103-2.105 (donde se cita Organización Mundial de la Salud, Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (2003) (CMCT) (Pruebas documentales AUS-44, JE-19 presentadas al Grupo Especial), artículos 11 y 13)).

¹² Informe del Grupo Especial, párrafos 1.10, 1.14, 1.18 y 1.22; WT/DSB/M/322.

¹³ La comunicación de Australia dirigida al OSD se envió antes de que se establecieran los grupos especiales en las diferencias planteadas por la República Dominicana y Cuba. El OSD estableció los Grupos Especiales encargados de examinar las reclamaciones de la República Dominicana y Cuba el 25 de abril de 2014. (Informe del Grupo Especial, párrafos 1.13 y 1.17). Con respecto a la reclamación de Cuba, el OSD estableció el Grupo Especial en la reunión en la que la solicitud de grupo especial de Cuba figuró por primera vez como punto del orden del día del OSD. (WT/DSB/M/344).

¹⁴ El 24 de marzo de 2014, Ucrania solicitó al Director General que estableciera la composición del grupo especial encargado de su diferencia (DS434). El 26 de marzo y el 23 de abril, respectivamente, Australia solicitó al Director General que estableciera la composición del grupo especial encargado de las diferencias planteadas por Honduras (DS435) e Indonesia (DS467). El 25 de abril de 2014, Australia solicitó al Director General que estableciera la composición de los grupos especiales encargados de las diferencias planteadas por

artículo 9 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), las partes habían convenido en armonizar el calendario de los trabajos de los Grupos Especiales en las cinco diferencias.¹⁵ El 5 de mayo, el Director General estableció la composición de cinco Grupo Especiales de modo que las mismas personas actuarían como integrantes de cada uno de los diferentes Grupos Especiales.¹⁶

1.4. El 7 de mayo de 2014 Australia presentó al Grupo Especial peticiones de resoluciones preliminares relativas a la compatibilidad de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por la República Dominicana, Cuba e Indonesia con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.¹⁷ El 19 de agosto de 2014 el Grupo Especial dio traslado a las partes y a los terceros de sus resoluciones preliminares, indicando que estas pasarían a formar parte integrante de su informe, con sujeción a cualquier modificación o ampliación del razonamiento, ya fuera en una resolución ulterior o en el informe del Grupo Especial.¹⁸ Esas resoluciones se distribuyeron al OSD el 27 de octubre de 2014.¹⁹

1.5. El Grupo Especial adoptó su Procedimiento de trabajo²⁰ y su calendario el 17 de junio de 2014. El Procedimiento de trabajo del Grupo Especial fue modificado el 1º de octubre de 2014, para reflejar la adopción por el Grupo Especial de un procedimiento adicional relativo a la protección de la información estrictamente confidencial (IEC).²¹ El Procedimiento de trabajo del Grupo Especial se modificó nuevamente el 15 de diciembre de 2014, para reflejar la decisión del Grupo Especial de otorgar a los terceros los siguientes derechos adicionales: i) acceso a las comunicaciones de réplica de las partes; y ii) acceso a las versiones escritas definitivas de las declaraciones inicial y final de las partes en la primera y la segunda reuniones sustantivas.²²

1.6. El 28 de mayo de 2015, el Grupo Especial recibió una solicitud de Ucrania de que se suspendieran las actuaciones en la diferencia DS434 de conformidad con el párrafo 12 del artículo 12 del ESD. En una carta fechada el 29 de mayo de 2015, Australia indicó que "apoyaba la solicitud de Ucrania de suspensión de las actuaciones por cuanto ... la suspensión tendrá lugar 'con miras a encontrar una solución mutuamente convenida'".²³ El 30 de mayo de 2015, tras consultar también a las partes en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467, el Grupo Especial envió a las partes una comunicación en la que las informaba de que había accedido a la solicitud de Ucrania y había suspendido sus trabajos en la diferencia DS434. En su comunicación, el Grupo Especial también observó que Ucrania seguía estando facultada para participar en las actuaciones del Grupo Especial, como tercero, en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467. Asimismo, tomó nota de que tanto Ucrania como las demás partes entendían que la primera comunicación escrita de Ucrania en la

la República Dominicana (DS441) y Cuba (DS458). (WT/DS434/12, WT/DS435/17 WT/DS441/16, WT/DS458/15 WT/DS467/16).

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.26.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.27.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.33.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.37. En lo tocante a las solicitudes de grupo especial de la República Dominicana, Cuba e Indonesia, el Grupo Especial constató que "los términos 'incluidas', 'complementen' y 'amplíen', utilizados en [esas] solicitud[es] de establecimiento de un grupo especial no son, por la forma en que están redactados, incompatibles con la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio". (Informe del Grupo Especial, párrafo 1.38). Con respecto a la solicitud de grupo especial de Cuba, el Grupo Especial también mantuvo que las alegaciones adicionales introducidas por Cuba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial están estrechamente relacionadas con las que constituyeron los fundamentos jurídicos de su solicitud de celebración de consultas y cabía afirmar razonablemente que se habían derivado de los fundamentos jurídicos que habían configurado el objeto de las consultas. En consecuencia, el Grupo Especial consideró que las alegaciones de Cuba al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y el artículo 6bis del Convenio de París (mediante el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) seguían estando "dentro de los límites del 'grado de flexibilidad' concedido a los Miembros al formular sus reclamaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial". (Informe del Grupo Especial, párrafo 1.39 (donde se cita la comunicación del Grupo Especial de fecha 27 de octubre de 2014, WT/DS458/18, párrafo 3.53)).

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.40 (donde se hace referencia a las comunicaciones del Grupo Especial, de fecha 27 de octubre de 2014, WT/DS441/19, WT/DS458/18 y WT/DS467/19).

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.30 y anexo A-1.

²¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 1.30 y 1.41 y anexo A-2. Ninguno de los participantes en estos procedimientos de apelación nos ha pedido que adoptemos un procedimiento adicional para proteger la IEC.

²² Informe del Grupo Especial, párrafos 1.30 y 1.42-1.43.

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.51.

diferencia DS434, y las pruebas conexas, permanecerían en el expediente como comunicaciones presentadas válidamente en calidad de tercero en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467.²⁴

1.7. No se pidió al Grupo Especial en la diferencia DS434 que reanudara sus trabajos durante los 12 meses siguientes a la suspensión. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, la decisión de establecer el Grupo Especial en esa diferencia quedó sin efecto el 30 de mayo de 2016.²⁵

1.8. Tras consultar a las partes, el Grupo Especial se puso en contacto con el Ecuador, Egipto y Moldova. Estos tres Miembros de la OMC eran terceros en la diferencia iniciada por Ucrania, pero no en las iniciadas por Honduras, la República Dominicana, Cuba o Indonesia. El Grupo Especial comunicó al Ecuador, a Egipto y a Moldova que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10 del ESD, tendrían que notificar al OSD su interés en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467 si deseaban participar en las actuaciones de una o más de esas diferencias, incluida la sesión destinada a los terceros de la primera reunión sustantiva. El Ecuador notificó al Presidente del OSD su interés en participar como tercero en las diferencias DS435, DS441, DS458 y DS467. Por el contrario, Moldova comunicó al Grupo Especial que no deseaba participar como tercero en esas diferencias.²⁶

1.9. Se presentaron al Grupo Especial varias comunicaciones *amici curiae*. El 20 de agosto de 2014, el Grupo Especial recibió una comunicación *amicus curiae* no solicitada de un grupo de organizaciones empresariales estadounidenses.²⁷ El 15 de diciembre de 2014, el Grupo Especial comunicó a las partes y a los terceros que "no estaría en condiciones de examinar información no solicitada que se le presentara después del 27 de abril de 2015".²⁸ El Grupo Especial recibió 35 comunicaciones *amici curiae* adicionales no solicitadas el 27 de abril de 2015 o antes de esa fecha, y después de ella cinco comunicaciones *amici curiae* no solicitadas.²⁹ Australia presentó como

²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.52.

²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.54 (donde se hace referencia al documento Caducidad de la decisión de establecer el Grupo Especial, 30 de junio de 2016, WT/DS434/17).

²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.53. El texto de la comunicación de Moldova en calidad de tercero fue presentado por Honduras, la República Dominicana e Indonesia como prueba documental en las actuaciones del Grupo Especial del 1º de junio de 2015. (Informe del Grupo Especial, nota 55 del párrafo 1.53 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por Moldova en calidad de tercero (Prueba documental DOM/HND/IDN-2 presentada al Grupo Especial))). Además, al parecer Egipto no respondió al aviso del Grupo Especial en relación con la continuación de la participación de Egipto como tercero.

²⁷ Esta comunicación fue realizada conjuntamente por las siguientes organizaciones: Emergency Committee for American Trade; National Association of Manufacturers of the United States; National Foreign Trade Council; Paperboard Packaging Council; Printing Industries of America; Independent Packaging Association; United States Chamber of Commerce; y United States Council for International Business.

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.48 (donde se cita la carta del Grupo Especial a las partes y los terceros de fecha 15 de diciembre de 2014 relativa, entre otras cosas, a los escritos *amicus curiae*).

²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.49 y nota 47 a dicho párrafo. El Grupo Especial recibió comunicaciones *amici curiae* de fecha 27 de abril de 2015, o anterior, de las siguientes organizaciones: Emergency Committee for American Trade, National Association of Manufacturers of the United States, National Foreign Trade Council, Paperboard Packaging Council, Printing Industries of America, Independent Packaging Association, United States Chamber of Commerce, y United States Council for International Business; Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; American Chamber of Commerce in the Netherlands; Federation of Philippine Industries; Confederação Nacional da Indústria (Brasil); Federation of Attica and Piraeus Industries; Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay; Federação das Indústrias do Estado da Bahia; Japan Business Federation; Association of South-East Asian Nations (ASEAN) Intellectual Property Association; Institute of Public Affairs; Cámara de Industria de Guatemala; Trade-related IPR Protection Association; Indonesian Chamber of Commerce and Industry; Montenegrin Employers Federation; Taxpayers Association of Europe; International Trademark Association; Australian Retailers Association; Japan Intellectual Property Association; Association of European Businesses in Russia, American Chamber of Commerce in Russia y RusBrand; International Tobacco Growers' Association; Patent and Trademark Attorneys Association - Turkey; Aegean Exporters Association; European Association of Trade Mark Owners (MARQUES); United States Chamber of Commerce; EU-ASEAN Business Council, EU-Malaysia Chamber of Commerce and Industry, European Chamber of Commerce in Singapore, European Chamber of Commerce of the Philippines, European Chamber of Commerce and Industry in Lao PDR, y European Association of Business and Commerce in Thailand; American Chamber of Commerce in Thailand; Romanian Small and Medium Retailers Association; Association of Trademarks and Design Rights Practitioners; Canadian Manufacturers and Exporters; Federation of Korean Industries; Polish Chamber of Trade; Union des Fabricants; Healthy Caribbean Coalition; Union for International Cancer Control; Cancer Council Australia; y la Organización Mundial de la Salud y la secretaría del Convenio Marco para el Control del Tabaco. El Grupo Especial recibió comunicaciones *amici curiae* de fecha posterior al 27 de abril de 2015 de las siguientes organizaciones: Russian Union of Industrialists and

pruebas documentales tres de las comunicaciones *amici curiae*, de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la secretaría del CMCT³⁰; de Healthy Caribbean Coalition; y de la Unión Internacional para el Control del Cáncer (UICC) y el Consejo contra el Cáncer de Australia (CCA).³¹ La República Dominicana, Honduras e Indonesia presentaron como prueba documental 36 comunicaciones *amici curiae*.³²

1.10. Además, las partes solicitaron varias veces al Grupo Especial que en ejercicio de sus facultades recabara, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13, información relativa a las pruebas presentadas por otra parte. El Grupo Especial también obró en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 13 para recabar información de las secretarías de la OMS y el CMCT, la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Consejo contra el Cáncer de Queensland (CCQ) y el Consejo contra el Cáncer de Victoria (CCV).³³

1.11. Honduras solicitó al Grupo Especial que constatará que las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia en las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) (que incorpora el artículo 6*quinquies* del Acta de Estocolmo del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 14 de julio de 1967 (Convenio de París (1967)) y el párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16, los artículos 17 y 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Honduras solicitó asimismo al Grupo Especial que constatará que las medidas de empaquetado genérico de Australia son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). Además, Honduras solicitó al Grupo Especial que constatará que Australia había actuado de manera incompatible con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) (incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2) y el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.³⁴

1.12. La República Dominicana solicitó al Grupo Especial que constatará que, en virtud de su adopción e imposición de las medidas TPP, Australia había actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) (incorporado

Entrepreneurs; Graphic Association Denmark; American Chamber Mexico; Malaysian International Chamber of Commerce and Industry; y Confederation of Danish Industry.

³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.50 y nota 48 a dicho párrafo. Organización Mundial de la Salud y secretaría del Convenio Marco para el Control del Tabaco, Información de una no parte para el Grupo Especial (16 de febrero de 2015) (Prueba documental AUS-42 presentada al Grupo Especial (revisada)).

³¹ Healthy Caribbean Coalition, *Escrito amicus curiae* (22 de abril de 2015) (Prueba documental AUS-515 presentada al Grupo Especial); Unión Internacional para el Control del Cáncer y Consejo contra el Cáncer de Australia, Comunicación escrita *amici curiae* presentada por no partes (11 de febrero de 2015) (Prueba documental AUS-38 presentada al Grupo Especial).

³² Informe del Grupo Especial, párrafo 1.50 y nota 50 a dicho párrafo. Se presentaron como Prueba documental DOM/HND/IDN-1 escritos de los siguientes *amici curiae*: Emergency Committee for American Trade, National Association of Manufacturers of the United States, National Foreign Trade Council, Paperboard Packaging Council, Printing Industries of America, Independent Packaging Association, United States Chamber of Commerce, y United States Council for International Business; Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; American Chamber of Commerce in the Netherlands; Federation of Philippine Industries; Confederação Nacional da Indústria (Brasil); Federation of Attica and Piraeus Industries; Câmara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay; Federação das Industrias do Estado da Bahia; Japan Business Federation; ASEAN Intellectual Property Association; Institute of Public Affairs; Cámara de Industria de Guatemala; Trade-related IPR Protection Association; Indonesian Chamber of Commerce and Industry; Montenegrin Employers Federation; Taxpayers Association of Europe; International Trademark Association; Australian Retailers Association; Japan Intellectual Property Association; Association of European Businesses in Russia, American Chamber of Commerce in Russia y RusBrand; International Tobacco Growers' Association; Patent and Trademark Attorneys Association - Turkey; Aegean Exporters Association; European Association of Trade Mark Owners (MARQUES); United States Chamber of Commerce; EU-ASEAN Business Council, EU-Malaysia Chamber of Commerce and Industry, European Chamber of Commerce in Singapore, European Chamber of Commerce of the Philippines, European Chamber of Commerce and Industry in Lao PDR, y European Association of Business and Commerce in Thailand; American Chamber of Commerce in Thailand; Romanian Small and Medium Retailers Association; Association of Trademarks and Design Rights Practitioners; Canadian Manufacturers and Exporters; Federation of Korean Industries; Polish Chamber of Trade; Union des Fabricants; Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs; American Chamber Mexico; y Malaysian International Chamber of Commerce and Industry.

³³ Informe del Grupo Especial, párrafos 1.56-1.57.

³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.

en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2) y el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.³⁵

1.13. Cuba solicitó al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el artículo 10*bis* del Convenio de París (leído junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) y el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como con el párrafo 4 del artículo IX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994).³⁶ Indonesia solicitó al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP, colectiva e individualmente, son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC (que incorpora el artículo 10*bis* del Convenio de París) y el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Indonesia también solicitó al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP son, colectiva e individualmente, incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo XXIII del GATT, porque han anulado o menoscabado ventajas resultantes directa o indirectamente para Indonesia del Acuerdo OTC.³⁷

1.14. El Grupo Especial distribuyó su informe a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 28 de junio de 2018. En su informe, el Grupo Especial constató que Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia (los reclamantes) no habían demostrado que las medidas de Australia fueran incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los artículos 6*quinquies* y 10*bis* del Convenio de París (1967) (leído junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC), el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial rechazó la solicitud de los reclamantes de que el Grupo Especial recomendara que Australia pusiera sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC y el GATT de 1994.³⁸

1.15. El 19 de julio de 2018, Honduras notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial en la diferencia DS435 y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de apelación³⁹ y una comunicación del apelante de conformidad con las Reglas 20 y 21, respectivamente, de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación⁴⁰ (Procedimientos de trabajo). El 23 de agosto de 2018, la República Dominicana notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial en la diferencia DS441 y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de otra apelación⁴¹ y una comunicación en calidad de otro apelante de conformidad con la Regla 21 de los Procedimientos de trabajo.⁴² El 2 de octubre de 2018, Australia presentó una comunicación del apelado en respuesta a las apelaciones de Honduras y la República Dominicana.⁴³

1.16. Los días 11-12 de octubre de 2018, 19 Miembros de la OMC –la Argentina, el Brasil, el Canadá, China, los Estados Unidos, Filipinas, Indonesia, el Japón, Malawi, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, la República Dominicana⁴⁴, Singapur, Tailandia, la Unión Europea, Zambia y Zimbabwe⁴⁵– presentaron cada uno una comunicación en calidad de tercero participante.⁴⁶ El 12 de octubre

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.3.

³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.5.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.7.

³⁸ Informe del Grupo Especial, sección 8.

³⁹ WT/DS435/23.

⁴⁰ Documento WT/AB/WP/6, de 16 de agosto de 2010.

⁴¹ WT/DS441/23.

⁴² Cuba, Indonesia y Australia no apelaron los informes de los Grupos Especiales en las diferencias DS458 y DS467. Y tampoco Australia presentó otras apelaciones respecto de los informes de los Grupos Especiales en las diferencias DS435 y DS441.

⁴³ De conformidad con la Regla 22 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁴ En la diferencia WT/DS435.

⁴⁵ Zimbabwe presentó su comunicación en calidad de tercero participante el 11 de octubre de 2018.

⁴⁶ De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

de 2018, diez Miembros de la OMC -Chile, Corea, la Federación de Rusia (Rusia), Guatemala, la India, Malasia, el Perú, Sudáfrica, el Taipei Chino y el Uruguay- notificaron su intención de comparecer en la audiencia como terceros participantes.⁴⁷ Entre el 15 de octubre de 2018 y el 19 de noviembre de 2019, seis Miembros de la OMC -el Ecuador, Omán, Nicaragua, Panamá, Turquía y Ucrania- notificaron su intención de comparecer en la audiencia como terceros participantes.⁴⁸

1.17. El 13 de julio de 2018, después de que Honduras presentara su apelación⁴⁹ pero antes de que lo hiciera la República Dominicana⁵⁰, el Órgano de Apelación recibió una comunicación conjunta de Australia, Honduras y la República Dominicana (los participantes) en relación con estos procedimientos de apelación. La comunicación también se envió a Cuba e Indonesia y a todos los terceros en las cuatro diferencias sometidas al Grupo Especial. En su comunicación conjunta, los participantes solicitaron que, en caso de que se plantearan múltiples apelaciones, el Órgano de Apelación permitiera a Australia presentar un único anuncio de otra apelación, una única comunicación en calidad de otro apelante y una única comunicación del apelado en relación con todas las apelaciones. Los participantes solicitaron asimismo al Órgano de Apelación que considerase la posibilidad de adoptar un calendario para la presentación de las comunicaciones de los apelados y de los terceros participantes que diera a todos los participantes y terceros participantes tiempo suficiente para examinar las posibles apelaciones de cualquiera de los participantes y responder a ellas. El 16 de julio de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entenderá en las apelaciones⁵¹ (la Sección), invitó a Cuba, Indonesia y los terceros en las cuatro diferencias a formular observaciones sobre la propuesta conjunta. El Brasil, el Canadá, China, Corea, Cuba, Indonesia, el Japón, México, Nueva Zelanda y Rusia presentaron observaciones. Ninguno de ellos se opuso a la propuesta conjunta de los participantes. No se recibieron observaciones de los demás terceros.

1.18. El 23 de julio de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación dictó una resolución preliminar en nombre de la Sección. Dada la acumulación prevista de la apelación de Honduras con las apelaciones que presentasen los otros tres reclamantes, la Sección aceptó modificar la presentación de un anuncio de otra apelación, una comunicación en calidad de otro apelante, las comunicaciones del apelado y las comunicaciones de los terceros participantes, a fin de asegurar la equidad y el orden de las actuaciones en los procedimientos de estas apelaciones. Además, a efectos de salvaguardar los derechos de debido proceso de Australia, que podrían verse afectados si una parte reclamante presentara su anuncio de apelación y su comunicación del apelante después de conocer la primera comunicación del apelado de Australia, la Sección autorizó a Australia a presentar cualquier anuncio de otra apelación y comunicación en calidad de otro apelante en un único documento a más tardar el 3 de septiembre de 2018. Por otra parte, la Sección fijó un plazo único para la presentación de las comunicaciones del apelado en estas diferencias, a saber, el 2 de octubre de 2018. Con respecto a la prórroga del plazo para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes, la Sección fijó un plazo único para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes en estas diferencias, a saber, el 12 de octubre de 2018.⁵²

1.19. Entre el 25 de julio de 2018 y el 20 de mayo de 2019, el Órgano de Apelación recibió ocho comunicaciones *amici curiae* relacionadas con estos procedimientos de apelación. El 25 de julio de 2018, el Órgano de Apelación recibió una comunicación *amicus curiae* de Consumer Choice Center. El 30 de julio de 2018, el Órgano de Apelación recibió una comunicación *amicus curiae* de Bienvenido S. Oplas, Jr., presidente de Minimal Government Thinkers. El 7 de agosto de 2018, el Órgano de Apelación recibió dos comunicaciones *amici curiae*: de Sinclair Davidson, profesor de

⁴⁷ De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁸ De conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo. El 6 y el 7 de junio de 2019, respectivamente, Ucrania y Panamá presentaron la lista de los integrantes de sus delegaciones para la primera audiencia a la Secretaría del Órgano de Apelación y a los participantes y terceros participantes en estas diferencias. El 14 y el 19 de noviembre de 2019, respectivamente, Panamá y Omán presentaron la lista de los integrantes de sus delegaciones para la segunda audiencia a la Secretaría del Órgano de Apelación y a los participantes y terceros participantes en estas diferencias. A los efectos de los presentes procedimientos de apelación, hemos interpretado que los actos de Omán, Panamá y Ucrania constituyen notificaciones de su intención de comparecer en las audiencias de conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁴⁹ En el documento WT/DS435/23.

⁵⁰ En el documento WT/DS441/23.

⁵¹ En la fecha en que se dictó esta resolución preliminar no se había anunciado aún la composición de la Sección que entendería en la diferencia DS435. La composición de la Sección no se anunció hasta después de que la República Dominicana presentó su anuncio de apelación en la diferencia DS441.

⁵² Resolución de procedimiento de 23 de julio de 2018.

Economía Institucional en el Blockchain Innovation Hub de Australia; y de Consumer Packaging Manufacturers Alliance (CPMA). El 8 de agosto de 2018, el Órgano de Apelación recibió otras dos comunicaciones *amici curiae*: de Australian Taxpayers' Alliance; y de Taxpayers Protection Alliance (TPA). El 28 de noviembre de 2018, el Órgano de Apelación recibió una comunicación *amicus curiae* conjunta de la UICC y el CCA. Por último, el 10 de enero de 2019, el Órgano de Apelación recibió una comunicación *amicus curiae* de la Asociación Internacional de Marcas (INTA).⁵³

1.20. Mediante carta de fecha 17 de septiembre de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación notificó a la Presidenta del OSD que el Órgano de Apelación no podría distribuir su informe en el plazo de 60 días que estipula el párrafo 5 del artículo 17 del ESD, ni en el plazo de 90 días previsto en esa misma disposición, debido al tamaño y la complejidad excepcionales de estos procedimientos acumulados, a la acumulación de apelaciones pendientes en el Órgano de Apelación en ese momento y a la superposición en la composición de todas las secciones como consecuencia en parte del reducido número de Miembros del Órgano de Apelación.⁵⁴ El 31 de marzo de 2020, el Presidente de la Sección informó al Presidente del OSD de que el informe del Órgano de Apelación en estos procedimientos se distribuiría a los Miembros de la OMC a más tardar a comienzos de junio de 2020. El Presidente indicó que la Sección comunicaría la fecha concreta en las semanas anteriores a la fecha de distribución.⁵⁵ El 4 de junio de 2020, el Presidente de la Sección notificó al Presidente del OSD que el informe del Órgano de Apelación en estos procedimientos se distribuiría a los Miembros de la OMC a más tardar el 9 de junio de 2020.⁵⁶

1.21. Las dos audiencias en estos procedimientos de apelación se celebraron los días 11-14 de junio de 2019 y 19-22 de noviembre de 2019, respectivamente. En ambas, los participantes y los terceros participantes hicieron declaraciones orales y respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección. A petición de Honduras, la Sección permitió a un miembro de la delegación de este país participar en la lectura de las declaraciones finales en la segunda audiencia por videoconferencia.

1.22. Mediante carta de 16 de agosto de 2019, Australia solicitó a la Sección que diera orientaciones sobre la presencia y el papel de las personas que Australia denominó "expertos fácticos" en la segunda audiencia de estos procedimientos de apelación. Australia solicitó que la Sección: i) excluyera de la segunda audiencia a las personas que comparecieron como "expertos fácticos" ante el Grupo Especial; o ii) que emitiera orientaciones claras sobre el papel de esas personas en la segunda audiencia. El 20 de agosto de 2019, la Sección invitó a la República Dominicana, Honduras y los terceros participantes a que formularan observaciones sobre la carta de Australia no más tarde del 23 de agosto de 2019. La República Dominicana, Honduras, el Canadá, la Unión Europea y los Estados Unidos presentaron observaciones el 23 de agosto de 2019. China presentó sus observaciones el 26 de agosto de 2019.

1.23. Mediante carta de 30 de agosto de 2019, la Sección reiteró la aclaración hecha por su Presidente en la primera audiencia en el sentido de que cada Miembro tiene derecho a determinar quién formará parte de su delegación y quién habla en su nombre. La Sección añadió que, al responder a las preguntas de la Sección, cada miembro individual de una delegación responde como un abogado que representa a ese participante. Además, como todas las personas incluidas en las delegaciones de los participantes en la segunda audiencia asistirían como representantes de sus Gobiernos, también estarían sujetas a las disposiciones del ESD, entre ellas el alcance del examen en apelación definido por el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. En este sentido, los Miembros de la Sección indicaron que velarían de forma proactiva por que las respuestas de los participantes se ajustaran estrictamente a las preguntas y que intervendrían cuando lo estimasen necesario. La Sección dio nuevas orientaciones sobre el desarrollo de la segunda audiencia al comienzo de esta.

1.24. El 28 de septiembre de 2018, se informó a los participantes y a los terceros participantes de que, de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo, el Presidente del Órgano de Apelación había notificado al Presidente del OSD la decisión del Órgano de Apelación de autorizar a

⁵³ No se facilitaron copias de estas comunicaciones simultáneamente a los participantes y terceros participantes en estos procedimientos de apelación. Por ello el Órgano de Apelación tuvo la cortesía de transmitir copias electrónicas de esas ocho comunicaciones *amici curiae* a los participantes y terceros participantes. No obstante, el Órgano de Apelación subrayó que esta transmisión se entendía sin perjuicio de su condición jurídica o de cualquier medida que pudiera adoptar en relación con estos escritos.

⁵⁴ WT/DS435/24 y WT/DS441/25.

⁵⁵ WT/DS435/25 y WT/DS441/26.

⁵⁶ WT/DS435/26 y WT/DS441/27.

un Miembro del Órgano de Apelación, el Sr. Shree Baboo Chekitan Servansing, a terminar la sustanciación de estas apelaciones, que se le habían asignado antes de la expiración de su mandato. El 10 de diciembre de 2019, se informó a los participantes y a los terceros participantes de que, de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo, el Presidente del Órgano de Apelación había notificado al Presidente del OSD que el Sr. Thomas R. Graham y el Sr. Ujal Singh Bhatia terminarían la sustanciación de estas apelaciones, que se les habían asignado antes de la expiración de su segundo mandato y cuyas audiencias h[abía]n terminado".⁵⁷

2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

2.1. Las alegaciones y los argumentos de los participantes están reflejados en los resúmenes de las comunicaciones escritas que estos facilitaron al Órgano de Apelación.⁵⁸ El anuncio de apelación, así como los resúmenes de las alegaciones y los argumentos de los participantes, figuran en los anexos A y B del *addendum* de los presentes informes, WT/DS435/AB/R/Add.1, WT/DS441/AB/R/Add.1.

3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

3.1. Los argumentos de los terceros participantes que presentaron una comunicación escrita⁵⁹ están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas facilitados al Órgano de Apelación⁶⁰ y figuran en el anexo C del *addendum* de los presentes informes, WT/DS435/AB/R/Add.1, WT/DS441/AB/R/Add.1.

4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTAS APELACIONES

4.1. En estas apelaciones se plantean las cuestiones siguientes:

- a. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, concretamente:
 - i. en relación con la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. A este respecto:
 - si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2; y
 - si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos conforme a lo previsto en el artículo 11 del ESD, en su evaluación de las pruebas relativas a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia;
 - ii. en relación con la restrictividad del comercio de las medidas TPP, si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que: i) la reducción de las oportunidades de diferenciar entre los productos de tabaco sobre la base de las marcas no demostraba la restrictividad del comercio de las medidas TPP; y ii) las medidas TPP no afectaban al valor general de los productos de tabaco importados. A este respecto:

⁵⁷ WT/DSB/79.

⁵⁸ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

⁵⁹ Véase el párrafo 1.16 *supra*.

⁶⁰ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

- si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2; y
 - si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos conforme a lo previsto en el artículo 11 del ESD, al constatar que la parte de la sustitución a la baja ocurrida tras la implementación de las medidas TPP era atribuible a la reducción general del consumo de cigarrillos causada por las medidas TPP (únicamente la República Dominicana);
- iii. en relación con las medidas alternativas propuestas, si el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones relativas a dos de esas alternativas, a saber, un aumento de la edad mínima para la compra legal (EMCL) y un aumento de la tributación. A este respecto:
- si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las dos medidas alternativas propuestas restrinjan el comercio menos que las medidas TPP;
 - si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al constatar que, en el contexto concreto del control del tabaco y las iniciativas normativas de Australia para mejorar la salud pública, ninguna de las alternativas propuestas por los reclamantes contribuiría al objetivo de Australia en un grado equivalente a como lo harían las medidas TPP; y
 - si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, conforme a lo previsto en el artículo 11 del ESD (únicamente la República Dominicana); y
- b. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, concretamente:
- i. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 16; y
 - ii. si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, conforme a lo previsto en el artículo 11 del ESD; y
- c. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, concretamente:
- i. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la palabra "injustificablemente" que figura en el artículo 20;
 - ii. si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del artículo 20; y
 - iii. si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD al no abordar la alegación relativa a las barras de cigarrillos formulada por la República Dominicana (únicamente la República Dominicana).

5 INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PERTINENTE

5.1 Los productos en cuestión

5.1. Los productos en cuestión en estas diferencias son los productos de tabaco. En la Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Ley TPP), la expresión "producto de tabaco" se define como "tabaco elaborado o cualquier producto que contenga tabaco" y que esté "destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé" y "no esté inscrito en el Registro Australiano de

Productos Terapéuticos mantenido en virtud de la *Ley de Productos Terapéuticos de 1989*".⁶¹ Esta definición comprende no solo los cigarrillos, sino también productos que "no son cigarrillos", como los cigarros (puros), los cigarros pequeños (también conocidos como cigarritos (puritos)) y los bidis.⁶²

5.2. Ante el Grupo Especial, Australia indicó que los volúmenes totales de las importaciones de cigarrillos y cigarros (puros) habían aumentado de forma constante tras la introducción del empaquetado genérico del tabaco. Este aumento de las importaciones de productos de tabaco en Australia fue atribuible principalmente a que los productores nacionales trasladaron la producción fuera de Australia, desplazándola al extranjero.⁶³ El traslado de la producción al extranjero fue una reacción a las prescripciones relativas a la reducción del riesgo de incendio introducidas en 2010 por el Gobierno australiano, que repercutieron negativamente en la fabricación local.⁶⁴ El Grupo Especial observó que "las importaciones representarán pronto la totalidad del mercado de productos de tabaco de Australia debido a la eliminación gradual de la producción nacional".⁶⁵ En consecuencia, "el mercado [de Australia] se abastece por completo con productos importados".⁶⁶

5.2 Las medidas en litigio

5.2.1 Panorama general

5.3. El proceso legislativo que desembocó en Australia en la adopción de las medidas en litigio en las presentes diferencias comenzó en 2008 con el establecimiento del Equipo de Trabajo Nacional sobre Medicina Preventiva (NPHT). El NPHT era responsable de desarrollar una "estrategia nacional para la prevención de las enfermedades", que "propusiera un plan de trabajo para hacer frente a la carga de las enfermedades crónicas actualmente derivadas de la obesidad, el tabaco y el consumo excesivo de alcohol".⁶⁷ En 2009, el NPHT publicó su informe definitivo.⁶⁸ Por lo que respecta al control del tabaco, ese informe especificaba 11 "esferas de acción cruciales", entre ellas: i) hacer que los productos de tabaco sean significativamente más caros; ii) poner fin a todas las formas de publicidad y promoción de los productos de tabaco (lo cual incluía una acción específica para eliminar

⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.12 (donde se cita la Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth) (Ley TPP) (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 4(1)). En la nota 189 a dicho párrafo, el Grupo Especial señaló que las definiciones recogidas en el párrafo 2.12 son también aplicables al Reglamento TPP, además de su propia lista de definiciones. (Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth) (Reglamento TPP) (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), nota al artículo 1.1.3; Memorandum explicativo del Proyecto de Ley TPP) (Pruebas documentales AUS-2, JE-7 presentadas al Grupo Especial, página 9; y CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19 presentadas al Grupo Especial), apartado f) del artículo 1).

⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.12 (donde se cita el Memorandum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7 presentadas al Grupo Especial), página 9). Otros productos "que no son cigarrillos" abarcados incluyen el tabaco para armar, los kreteks, y los productos de tabaco solubles, como las pastillas para chupar que contienen tabaco. (*Ibid.*). Algunos de esos tipos de productos de tabaco (como los cigarrillos, los cigarros (puros) y los bidis), así como su empaquetado específico, también se definen en la Ley TPP y el Reglamento TPP. (Informe del Grupo Especial, nota 190 al párrafo 2.12 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 4(1); y al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 1.1.3)).

⁶³ Respuesta de Australia a la pregunta 5 del Grupo Especial, párrafos 29-30.

⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1217 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 948; a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 5 del Grupo Especial, párrafos 36-39; a la respuesta de Australia a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 125; y a HoustonKemp, Competition and Trade for Tobacco Products in Australia (9 de marzo de 2015) (Prueba documental AUS-19 presentada al Grupo Especial (IEC)), páginas 27 y 50).

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.420 y 7.1145. Véanse también los párrafos 7.1203-7.1204.

⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.6 (donde se cita Equipo de Trabajo sobre Medicina Preventiva del Gobierno de Australia, "Terms of Reference", disponible en: [http://www.preventativehealth.org.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/terms of reference](http://www.preventativehealth.org.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/terms%20of%20reference) 11p (consulta realizada el 7 de octubre de 2014) (Pruebas documentales HND-2, DOM-50 presentadas al Grupo Especial)).

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.7 (donde se hace referencia a Equipo de Trabajo Nacional sobre Medicina Preventiva, Australia: *The Healthiest Country by 2020, National Preventative Health Strategy, The Roadmap for Action*, Gobierno de Australia (30 de junio de 2009) (NPHT - Hoja de ruta para la adopción de medidas) (Pruebas documentales AUS-67, JE-14 presentadas al Grupo Especial)).

la promoción de los productos de tabaco mediante el diseño del empaquetado); y iii) eliminar la exposición de los fumadores pasivos en los lugares públicos.⁶⁹

5.4. Para abordar estas esferas de acción cruciales, Australia mantiene una serie de medidas relacionadas con el control del tabaco, la mayoría de las cuales no son objeto de litigio en las presentes diferencias.⁷⁰ El Grupo Especial indicó que las medidas en litigio en estas diferencias comprenden las siguientes:

- a. la Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)⁷¹ (Ley TPP);
- b. el Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth)⁷² (Reglamento TPP)⁷³; y
- c. la Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)⁷⁴ (Ley TMA).⁷⁵

5.5. En lo sucesivo, el Grupo Especial utilizará la expresión "medidas TPP" para aludir a esos instrumentos considerados conjuntamente.⁷⁶ Desde el 1º de octubre de 2012, fue obligatorio que

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.7 (donde se hace referencia a NPHT - Hoja de ruta para la adopción de medidas (Pruebas documentales AUS-67, JE-14 presentadas al Grupo Especial), páginas 174 y 182).

⁷⁰ En la sección 2.2 del informe del Grupo Especial se describen determinadas medidas relacionadas con el control del tabaco en Australia que, si bien no son objeto de litigio en estas diferencias, son pertinentes para comprender el contexto reglamentario en el que se aplican las medidas en litigio.

⁷¹ Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial).

⁷² Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial). La modificación del Reglamento TPP fue adoptada el 8 de marzo de 2012. La "finalidad del reglamento es modificar el Reglamento principal para hacer extensiva la aplicación del Reglamento TPP a los productos de tabaco que no son cigarrillos y establecer prescripciones específicas aplicables al empaquetado para la venta al por menor y al aspecto de dichos productos". (Informe del Grupo Especial, nota 185 al párrafo 2.9 (donde se cita la Exposición explicativa, Reglamento Modificatorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth) (Exposición explicativa del Reglamento TPPA) (Prueba documental JE-22 presentada al Grupo Especial), página 1)).

⁷³ El artículo 109 de la Ley TPP dispone que "el Gobernador General podrá dictar reglamentos que prescriban cuestiones: a) que la presente Ley requiere o permite que se prescriban; o b) cuya prescripción sea necesaria o conveniente para llevar a cabo o dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Ley". El Reglamento TPP se elaboró de conformidad con esa disposición. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.14 (donde se cita la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 109(1); donde se hace referencia a la Exposición explicativa del Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22 presentada al Grupo Especial), página 2)).

⁷⁴ La Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth) (Ley TMA) (Pruebas documentales AUS-4, JE-3 presentadas al Grupo Especial). La Ley TMA modifica la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995 (Cth) insertando una nueva disposición, el artículo 231A. Según el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA, la modificación se introdujo para que si fuera necesario el Gobierno de Australia pudiera remediar rápidamente cualquier interacción no prevista entre la Ley TPP y la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de 1995. El objetivo de ese ejercicio de las facultades conferidas por la Ley TMA sería asegurarse de que los solicitantes de registros de marcas de fábrica o de comercio y los titulares registrados de marcas de fábrica o de comercio no quedaran en desventaja debido a la aplicación práctica de la Ley TPP. Los reglamentos elaborados en virtud del nuevo artículo 231A no están destinados a tener efecto alguno en la aplicación de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio en relación con los bienes o servicios no regulados por la Ley TPP. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.45-2.47 (donde se hace referencia a la Ley TMA (Pruebas documentales AUS-4, JE-3 presentadas al Grupo Especial); donde se cita el Memorándum explicativo, Proyecto de Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth) (Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA) (Pruebas documentales AUS-5, JE-5 presentadas al Grupo Especial), página 1)).

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.1-2.4.

⁷⁶ Un importante elemento de las medidas TPP es que los memorandos explicativos que acompañaban a los respectivos proyectos de ley sometidos al Parlamento antes de su aprobación como leyes. Como señaló el Grupo Especial, el Proyecto de Ley TPP y el Proyecto de Ley TMA iban acompañados de memorandos explicativos. (Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7 presentadas al Grupo Especial); y Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TMA (Pruebas documentales AUS-5, JE-5 presentadas al Grupo Especial)). Esos documentos ayudan a los miembros del Parlamento, a los funcionarios y al público en general a entender los objetivos y los detalles del funcionamiento de las cláusulas de los proyectos de ley. En Australia, un Memorándum explicativo puede también servir como "material extrínseco" utilizable como ayuda para la interpretación judicial de las leyes. (Informe del Grupo Especial,

los productos de tabaco fabricados o envasados en Australia y destinados al consumo interno cumplieran las medidas TPP. Desde el 1º de diciembre de 2012, fue obligatorio que todos los productos de tabaco vendidos, ofrecidos para la venta o de otro modo suministrados en Australia cumplieran dichas medidas.⁷⁷

5.6. Como señaló el Grupo Especial, la Ley TPP es, a tenor de sus propios términos, una "Ley para desalentar el consumo de productos de tabaco y para fines conexos".⁷⁸ De conformidad con el artículo 3 de la Ley TPP, dicha Ley regula el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de: i) mejorar la salud pública; y ii) dar cumplimiento a determinadas obligaciones establecidas en el CMCT de la OMS.⁷⁹

5.2.2 Prescripciones aplicables al empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco

5.7. De conformidad con las medidas TPP, todas las superficies exteriores e interiores de determinado empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco⁸⁰ deben tener un acabado mate.⁸¹ Las medidas TPP estipulan además que las superficies exteriores del empaquetado deberán ser de color Pantone 448C (marrón oscuro apagado), y que las superficies interiores de una cajetilla o un cartón de cigarrillos deberán ser blancas. La superficie interior del empaquetado (que no sea una cajetilla o un cartón de cigarrillos) deberá ser o bien blanca o del color del material de empaquetado en su estado natural. El forro de las cajetillas deberá ser de lámina metálica de color plata revestida de papel blanco.⁸² Sin embargo, como señaló el Grupo Especial, las prescripciones de las medidas TPP relativas al color no se aplican a las advertencias sanitarias; al

párrafo 2.13 (donde se hace referencia a la Ley sobre la Interpretación de las Leyes de 1901 (Cth) (Prueba documental AUS-259 presentada al Grupo Especial), artículo 15AB(2)(e); y primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, nota 775 al párrafo 601)). El Reglamento TPP fue acompañado de un documento similar, una exposición explicativa, que también puede servir de ayuda extrínseca a la interpretación judicial. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.13 (donde se hace referencia a la Exposición explicativa del Reglamento TPPA (Prueba documental JE-22 presentada al Grupo Especial))).

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.10 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 123; al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 1.1.2; y a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 9).

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.11 (donde se cita la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial)).

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.11 y 2.15 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 3). La ley TPP identifica determinadas normas de seguridad o información que prevalecen si hay incompatibilidad entre ellas y la Ley TPP. La Ley TPP también dispone que "no excluye ni limita la aplicación de una ley sobre el tabaco pertinente de un estado o territorio que pueda aplicarse concurrentemente con la presente Ley". (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.43 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículos 10-11)).

⁸⁰ Las medidas TPP contienen definiciones específicas de ciertos tipos de empaquetado del tabaco, como "cajetilla de cigarrillos", "cartón de cigarrillos", "tubo para cigarros (puros)", y "petaca". Una cajetilla de cigarrillos es "cualquier contenedor para venta al por menor en el que los cigarrillos estén directamente situados". Una referencia a una superficie exterior de una cajetilla de cigarrillos (como su "superficie exterior frontal") "es una referencia a toda esa superficie exterior, incluida la parte de esa superficie exterior que forma parte de la tapa abatible". Además, el "labio interior" de una cajetilla "significa la parte de las superficies exteriores de la cajetilla que queda oculta cuando la tapa abatible se cierra". Un cartón de cigarrillos es "cualquier contenedor para la venta al por menor que contenga contenedores más pequeños en los que los cigarrillos estén directamente situados". Además, "si un cartón de cigarrillos tiene una o más solapas con superficies solo visibles cuando el cartón se abre, se considerará que esas superficies constituyen superficies interiores del cartón". Un tubo para cigarros (puros) significa "un tubo para empaquetar un cigarro (puro)". Una petaca significa un "empaquetado primario" que "está hecho de material flexible" y "adopta la forma de un bolsillo rectangular con una solapa que cubre la apertura". (Informe del Grupo Especial, nota 202 al párrafo 2.17 (donde se citan la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículos 4(1), 6(1)-(2); y el Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 1.1.3)).

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.23.

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.23 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 19; y al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2) presentadas al Grupo Especial, artículo 2.2.1).

texto del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o del nombre de la variante; ni al texto de los elementos legislativos prescritos pertinentes⁸³

5.8. Además, las medidas TPP prohíben la presencia de marcas de fábrica o de comercio⁸⁴ y de otras marcas en cualquier parte del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, con excepción del nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, el nombre de la variante, los elementos legislativos prescritos pertinentes y otras marcas de fábrica o de comercio y marcas permitidas por las medidas TPP.⁸⁵ Las medidas TPP regulan la presencia de marcas de origen, marcas de calibración, marcas de medida y descripciones comerciales, códigos de barras, declaraciones de riesgo de incendio, declaraciones de producto de fabricación local, el nombre y dirección de la persona que empaquetó el producto o en cuyo nombre este se empaquetó, y un número de teléfono de contacto para el consumidor.⁸⁶ Este marcado no debe enmascarar ningún elemento legislativo prescrito pertinente ni constituir publicidad y promoción del tabaco o dar acceso a estas.⁸⁷

5.9. El artículo 21 de la Ley TPP, que opera en conjunción con las disposiciones del Reglamento TPP, establece las prescripciones aplicables a la manera en que el nombre de la marca, el nombre comercial, la razón social o el nombre de la variante de los productos de tabaco pueden aparecer en el empaquetado para la venta al por menor de un producto de tabaco.⁸⁸ Por lo que respecta al empaquetado de cigarrillos, todos esos nombres deben imprimirse en tipo de letra Lucida Sans de tamaño no superior a 14 puntos (para el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social) o 10 puntos (para el nombre de la variante). La letra deberá ser de un grosor normal y de color Pantone Cool Gray 2C. Además, la primera letra de cada palabra debe ser mayúscula. No podrán utilizarse otras mayúsculas.⁸⁹ Por lo que respecta al empaquetado para la venta al por menor distinto del empaquetado para la venta al por menor de cigarrillos, los nombres deberán respetar las mismas especificaciones, pero podrán imprimirse en el empaquetado o en una etiqueta adhesiva adherida a él.⁹⁰ Esa etiqueta adhesiva deberá ser de color Pantone 448C (marrón oscuro apagado), no ser mayor de lo razonablemente necesario para imprimir los nombres permitidos, estar adherida firmemente al empaquetado para la venta al por menor de manera que no pueda despegarse fácilmente, y no enmascarar ningún elemento legislativo prescrito pertinente.⁹¹

5.10. Es de destacar que las prescripciones establecidas en la Ley TPP y el Reglamento TPP operan en conjunción con otros elementos legislativos prescritos que no han sido impugnados en estas diferencias, entre ellas las advertencias sanitarias gráficas (ASG).⁹²

⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.23 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 19(3)).

⁸⁴ Conforme al artículo 17 de la Ley de marcas de fábrica o de comercio de 1995 (Cth) (Ley TM), por marcas de fábrica o de comercio se entiende "[s]ignos utilizados, o que se tiene intención de utilizar, para distinguir bienes o servicios intercambiados o suministrados en el curso de operaciones comerciales por una persona de bienes o servicios así intercambiados o suministrados por otra persona". La Ley TM define un "signo" como algo que incluya "cualquier letra, palabra, nombre, firma, dígito, dispositivo, marca, epígrafe, etiqueta, tique, aspecto del empaquetado, forma, color, sonido o aroma", o cualquier combinación de ellos. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.77-2.78 (donde se cita la Ley TM (Prueba documental JE-6 presentada al Grupo Especial), artículos 6 y 17)).

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.24 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículo 20).

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.24 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículos 2.3.1(1)-2.3.1(2) y 2.3.8(1)).

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.24 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 2.3.1(5)).

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.25 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial)). El artículo 21(5) de la Ley TPP estipula que el artículo 21 no se aplica a los envoltorios, que se regulan en el artículo 22. (Informe del Grupo Especial, nota 230 al párrafo 2.25).

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.25 y nota 231 a dicho párrafo (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3 y JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 2.4.1).

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.25 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 2.4.2(2)).

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.25 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 2.4.2(3)).

⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.32.

5.2.3 Prescripciones relativas al aspecto de los productos de tabaco

5.11. Además de regular el aspecto del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco, las medidas TPP regulan varios elementos que afectan al aspecto de los propios productos de tabaco. El artículo 26 de la Ley TPP dispone que no podrá aparecer ninguna marca ni marca de fábrica o de comercio en ninguna parte de un producto de tabaco, salvo en la medida en que lo permite el Reglamento TPP. El artículo 27 de la Ley TPP dispone que el Reglamento TPP puede establecer prescripciones adicionales relacionadas con el aspecto de los productos de tabaco para promover los objetivos de la Ley.⁹³

5.12. Con arreglo al Reglamento TPP, la envoltura de papel y la banda de permeabilidad reducida (si la hubiera) deberán ser blancas o blancas con una extremidad de imitación de corcho.⁹⁴ No podrán aparecer marcas de fábrica o de comercio en ningún lugar de los cigarrillos. Sin embargo, los cigarrillos podrán estar marcados con un código alfanumérico, que solo podrá aparecer una vez. El código alfanumérico no deberá: i) constituir publicidad y promoción del tabaco, ni dar acceso a ellas; ii) ser "falso, equívoco o engañoso, o poder inducir a error con respecto a las características, efectos para la salud, riesgos o emisiones del cigarrillo"; iii) "tener el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros"; iv) "representar las emisiones del cigarrillo o estar de algún modo vinculado o relacionado con ellas"; o v) "representar el nombre de la marca o de la variante del cigarrillo, o estar de algún modo relacionado con ellos".⁹⁵

5.13. Por lo que respecta a los cigarros (puros), el Reglamento TPP dispone que alrededor de la circunferencia del cigarro (puro) podrá haber una única vitola, en color Pantone 448C (marrón oscuro apagado). En la vitola podrán figurar el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, y el nombre de la variante del cigarro (puro), el nombre del país en que este fue fabricado o producido, y un código alfanumérico. Esas marcas solo podrán aparecer una vez en la vitola. El nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, y el nombre de la variante deberán situarse horizontalmente a lo largo de la longitud de la vitola de manera que circunden la circunferencia del cigarro (puro). El código alfanumérico que aparece en los cigarros (puros) también está sujeto a restricciones similares a las aplicadas al que aparece en los cigarrillos. Además, la vitola del cigarro (puro) podrá contener una marca encubierta que no sea visible a simple vista y no dé acceso a publicidad y promoción del tabaco.⁹⁶

6 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN

6.1. Honduras apela determinados aspectos de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁹⁷ La República Dominicana también apela determinados aspectos de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁹⁸ Comenzamos abordando las alegaciones de los apelantes de que el Grupo Especial incurrió en error en el análisis que realizó en el contexto

⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.33 (donde se hace referencia a la Ley TPP (Pruebas documentales AUS-1, JE-1 presentadas al Grupo Especial), artículos 26 y 27(1)(b)).

⁹⁴ Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 3.1.1.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.34 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 3.1.2).

⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.35-2.37 (donde se hace referencia al Reglamento TPP (Pruebas documentales AUS-3, JE-2 presentadas al Grupo Especial), artículo 3.2.1). Una marca encubierta es un tipo de marca de origen, similar al código alfanumérico.

⁹⁷ Anuncio de apelación presentado por Honduras, páginas 1-7. En su anuncio de apelación, la República Dominicana indica que "incorpora por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación por Honduras". (Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 16). Además, en la sección "Introducción" de su comunicación del apelante, en el contexto del resumen de su alegación de error en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana afirma que esta "incorpora por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación y los argumentos esgrimidos por Honduras". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 30). Por otra parte, en respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia de estos procedimientos de apelación, la República Dominicana confirmó que incorporaba todas las alegaciones y argumentos presentados en apelación por Honduras. En consecuencia, cualquier referencia a las alegaciones y argumentos de Honduras a lo largo de estos informes debe interpretarse en el sentido de que incluye también una referencia a las alegaciones y argumentos de la República Dominicana.

⁹⁸ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, páginas 1-4.

del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A continuación, examinamos las alegaciones de error formuladas por los apelantes en relación con la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.1 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.1.1 Panorama general

6.2. Honduras y la República Dominicana (los apelantes) nos solicitan que revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que los apelantes "no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".⁹⁹ El párrafo 2 del artículo 2 estipula 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. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

6.3. Para establecer que una medida es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2, un reclamante¹⁰⁰ debe demostrar que: i) la medida en litigio constituye un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC¹⁰¹; y ii) la medida "restring[e] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo". Con respecto al segundo elemento, el Órgano de Apelación ha declarado que un grupo especial debe determinar el objetivo que trata de lograr el Miembro por medio del reglamento técnico en litigio y si ese objetivo es "legítimo".¹⁰² Un grupo especial también debe determinar si el reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar el objetivo legítimo. El Órgano de Apelación ha señalado que la evaluación de la "necesidad", en el contexto del párrafo 2 del artículo 2, entraña un "análisis de la relación" entre los siguientes factores: i) el grado en que el reglamento técnico restringe el comercio; ii) el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo; y iii) los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo.¹⁰³

6.4. La frase de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 2 de que "los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario" implica que está permitido "cierto" grado de restricción del comercio.¹⁰⁴ La determinación de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" puede entrañar una comparación entre: i) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de la medida en litigio al objetivo legítimo; y ii) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de las posibles medidas alternativas que estén razonablemente disponibles al objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar ese

⁹⁹ Anuncio de apelación presentado por Honduras, páginas 3-5 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.1724-7.1732 y 8.1.a); y anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 5 (donde se cita el informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.1732 y 8.1.b.i.).

¹⁰⁰ La carga de la prueba en virtud del párrafo 2 del artículo 2 incumbe al reclamante. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323).

¹⁰¹ El párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC define un "reglamento técnico" como sigue: Documento en el 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. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

¹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 314. En la tercera frase del párrafo 2 del artículo 2 figura una lista ilustrativa de "objetivos legítimos", que incluye "la protección de la salud ... humana[...]".

¹⁰³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 318).

¹⁰⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 375.

objetivo.¹⁰⁵ No obstante, hay determinados casos en los que puede no ser necesario realizar ese análisis comparativo, por ejemplo cuando la medida no restringe el comercio en absoluto, o cuando la medida no hace ninguna contribución al logro del objetivo legítimo pertinente.¹⁰⁶ Análogamente, puede no ser necesario realizar un análisis comparativo cuando puede demostrarse que, por su diseño, una medida restrictiva del comercio no puede contribuir al logro del objetivo legítimo pertinente.¹⁰⁷

6.5. Los reclamantes alegaron ante el Grupo Especial que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 porque restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Los reclamantes presentaron dos conjuntos de argumentos para respaldar sus alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2. En su conjunto principal de argumentos, afirmaron que las medidas TPP no son adecuadas para contribuir al objetivo de Australia ni hacen ninguna contribución a ese objetivo.¹⁰⁸ En su conjunto subsidiario de argumentos, sostuvieron que, aun cuando las medidas TPP hagan alguna contribución al objetivo de Australia, esas medidas restringen el comercio más de lo necesario porque "estarían razonablemente disponibles para Australia determinadas medidas alternativas que restringen *menos* el comercio para lograr una contribución equivalente a su objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo".¹⁰⁹ Australia respondió a las alegaciones de los reclamantes afirmando que las medidas TPP quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 y que, en tanto en cuanto estén comprendidas en el ámbito de aplicación de esa disposición, los reclamantes no acreditaron *prima facie* que sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2.¹¹⁰

6.6. El Grupo Especial aceptó que las medidas TPP están comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC¹¹¹ y que estas medidas constituyen un reglamento técnico en el sentido de dicho Acuerdo.¹¹² El Grupo Especial también constató que Australia no había demostrado que las medidas TPP estén "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" a los efectos de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹¹³ Por consiguiente, constató que no cabía "presumir[, a reserva de impugnación]", que las medidas TPP "no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional".¹¹⁴ Estas constataciones del Grupo Especial no se impugnan en apelación.

6.7. Además, ante el Grupo Especial, las partes no discutieron el hecho de que "el objetivo de las medidas TPP se refiere a la protección de la salud pública y, más específicamente, a la protección

¹⁰⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 320-322). El Órgano de Apelación ha señalado que la comparación con medidas alternativas razonablemente disponibles es simplemente una "herramienta conceptual" que ha de utilizarse para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario. (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.328, 5.334 y 5.338; *Estados Unidos - EPO*, nota 749 al párrafo 376; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320).

¹⁰⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, nota 748 al párrafo 376 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 647 al párrafo 322).

¹⁰⁷ En *Colombia - Textiles*, al abordar una defensa invocada al amparo del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994, el Órgano de Apelación consideró que, "[c]on respecto al análisis del 'diseño' de la medida", debe realizarse un examen preliminar inicial "a fin de determinar si existe una relación entre una medida por lo demás incompatible con el GATT" y el objetivo que esta pretende alcanzar. El Órgano de Apelación explicó que, si el "examen preliminar ... pone de manifiesto que la medida no puede" contribuir al objetivo, "no sería preciso" seguir examinando si esta medida es "necesaria" para alcanzar el objetivo declarado. (Informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafo 5.68). Consideramos que este razonamiento es igualmente apropiado para el análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

¹⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.426, 7.437-7.438 y 7.485.

¹⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1325. (con resalte en el original) En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, los apelantes confirmaron que: i) su principal afirmación ante el Grupo Especial había sido que las medidas TPP "restring[en] el comercio más de lo necesario" porque no hacen, ni son adecuadas para hacer, ninguna contribución al objetivo de Australia, al tiempo que restringen el comercio; y ii) habían aducido subsidiariamente que, aunque se constatará que las medidas TPP hacen alguna contribución, seguirían "restringi[endo] el comercio más de lo necesario" a la luz de las medidas alternativas propuestas.

¹¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.16 y 7.48.

¹¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.106.

¹¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.182.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.397.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.402.

de la salud pública en relación con el consumo de productos de tabaco en Australia".¹¹⁵ No obstante, las partes difirieron en su modo de entender el objetivo concreto de las medidas TPP.¹¹⁶ Tras evaluar los argumentos de las partes y las pruebas pertinentes que tenía ante sí, el Grupo Especial consideró que "el objetivo perseguido por Australia mediante las medidas TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹¹⁷ La constatación del Grupo Especial relativa al objetivo de Australia no se impugna en apelación.

6.8. Habiendo identificado el objetivo de Australia, el Grupo Especial indicó que "realizar[ía] ... un análisis de la relación entre distintos factores, incluido el grado en que las medidas TPP contribuyen a este objetivo, el grado en que restringen el comercio y la naturaleza de los riesgos de no alcanzar el objetivo perseguido y la gravedad de las consecuencias que tendría no alcanzarlo".¹¹⁸ El Grupo Especial consideró apropiado examinar los siguientes factores¹¹⁹: i) el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia¹²⁰; ii) la restrictividad del comercio de las medidas TPP¹²¹; iii) la naturaleza y la gravedad de los "riesgos que crearía no alcanzar[] [el objetivo]" en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC¹²²; y iv) la cuestión de si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio capaces de hacer una contribución equivalente razonablemente disponibles para Australia.¹²³

6.9. El Grupo Especial constató que:

- a. los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP *no* sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos¹²⁴;
- b. las pruebas que tenía ante sí el Grupo Especial, tomadas en su totalidad, respaldaban la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos¹²⁵;
- c. las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el *volumen* de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, tienen un "efecto limitativo" en el comercio¹²⁶;
- d. si bien es plausible que las medidas TPP puedan también, con el tiempo, afectar al *valor* general de las importaciones de tabaco, las pruebas que tenía ante sí el Grupo Especial no mostraban que eso haya ocurrido hasta la fecha. Además, el Grupo Especial no estaba convencido de que los reclamantes hubieran demostrado que las medidas TPP impongan condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia o costos de cumplimiento de tal magnitud que equivaldrían a un efecto limitativo en el comercio¹²⁷;
- e. el riesgo que crearía no alcanzar el objetivo de las medidas TPP consiste en que la salud pública no mejoraría, por cuanto el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos no se reduciría. Tales consecuencias de salud pública de no alcanzar ese objetivo son particularmente graves¹²⁸; y

¹¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.213.

¹¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.214.

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232. Véase también *ibid.*, párrafos 7.243, 7.246, 7.251 y 7.495.

¹¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.419.

¹¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.420-7.422.

¹²⁰ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.

¹²¹ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.4.

¹²² Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.5.

¹²³ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.6.

¹²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

¹²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1208 y 7.1255.

¹²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1322.

- f. los reclamantes no habían demostrado que ninguna de las cuatro medidas alternativas propuestas sea una medida alternativa razonablemente disponible para Australia que restrinja menos el comercio y que haría una contribución al objetivo equivalente a la realizada por las medidas TPP¹²⁹, ni tampoco habían establecido Honduras o la República Dominicana que la aplicación "acumulativa" de esas alternativas constituiría una alternativa que restringiría menos el comercio.¹³⁰

6.10. Sobre la base de lo que antecede, el Grupo Especial llegó a su conclusión general de que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.¹³¹

6.11. En apelación, los apelantes alegan que las conclusiones intermedias y generales formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben revocarse, porque el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones con respecto a: i) la contribución de las medidas TPP al objetivo legítimo de Australia; ii) la restrictividad del comercio de las medidas TPP; y iii) la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente a ese objetivo legítimo de Australia. Además, los apelantes alegan que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, conforme a lo dispuesto en el párrafo 11 del ESD, con respecto a todos los aspectos impugnados de sus constataciones en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹³² Abordamos las alegaciones de error formuladas por los apelantes en relación con cada uno de los aspectos del análisis del Grupo Especial sucesivamente. Al hacerlo, tenemos presente que esos aspectos del análisis del Grupo Especial se refieren a elementos distintos pero interrelacionados del criterio jurídico único aplicable en el marco del párrafo 2 del artículo 2, descritos en los párrafos 6.3-6.4 *supra*.

6.1.2 La contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia

6.12. Honduras aduce que, si bien el Grupo Especial estableció el criterio jurídico correcto en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, "incurrió en error de derecho porque no aplicó ese criterio jurídico a los hechos" al formular sus constataciones sobre el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.¹³³ Sin embargo, la mayoría de las alegaciones de error formuladas por los apelantes en relación con este aspecto del análisis del Grupo Especial impugnan la objetividad de este en su evaluación de los hechos, y los apelantes aducen que el Grupo Especial incumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD.¹³⁴ Australia nos solicita que rechacemos la alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y las alegaciones formuladas al amparo del artículo 11 del ESD en su totalidad.¹³⁵

6.13. Para situar las alegaciones de los apelantes en su debido contexto, comenzamos exponiendo brevemente los antecedentes del análisis y las constataciones del Grupo Especial sobre el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. A continuación, abordamos la alegación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC a los hechos del presente asunto. Posteriormente, presentamos las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, estableciendo el orden de su análisis. A ello sigue un examen de las alegaciones de error planteadas por los apelantes en el marco del artículo 11 del ESD.

6.1.2.1 Antecedentes del análisis y las constataciones del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia

6.14. Honduras adujo ante el Grupo Especial que las medidas TPP no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia ni son adecuadas para hacerla.¹³⁶ La República Dominicana afirmó que

¹²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1471, 7.1545, 7.1624 y 7.1716.

¹³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1717-7.1723.

¹³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1732.

¹³² Anuncio de apelación presentado por Honduras, páginas 3-7; y anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, páginas 1-3.

¹³³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 552.

¹³⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 695-1080 y 1082-1086; y comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 32-1216 y 1224-1243.

¹³⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 355 y 915.

¹³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.426.

axiomas de las ciencias sociales y médicas ampliamente aceptados confirman que las medidas TPP no serán efectivas para lograr los objetivos declarados de Australia.¹³⁷ La República Dominicana también adujo que, en esta etapa, las pruebas relativas al funcionamiento efectivo de las medidas TPP son mucho más valiosas que las simples expectativas.¹³⁸ Australia argumentó que las medidas TPP mejoran la salud pública al influir en los tres mecanismos identificados en la Ley TPP, esto es, al: i) restar atractivo al empaquetado del tabaco; ii) reducir las percepciones positivas del sabor; y iii) reducir las percepciones positivas de los fumadores.¹³⁹ Australia adujo además que, con respecto a la naturaleza del objetivo de las medidas TPP, sus características puestas de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles, el Grupo Especial debía determinar el grado de contribución de la medida en términos cualitativos.¹⁴⁰

6.15. El Grupo Especial trató de determinar en qué grado las medidas TPP, "tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno".¹⁴¹ Aunque el Grupo Especial realizó su análisis en varias etapas, destacó que su evaluación global "se basaría en la totalidad de las pruebas pertinentes, tomadas en conjunto".¹⁴² El Grupo Especial indicó que evaluaría las pruebas de que disponía sobre el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP, antes de abordar las pruebas relativas a su implementación efectiva. Al realizar su análisis, el Grupo Especial consideró que estaba obligado a examinar todas las pruebas a su alcance y "evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba".¹⁴³ De particular pertinencia para la forma en que el Grupo Especial abordó su análisis fue la indicación de Australia de que las medidas TPP están destinadas a contribuir a los objetivos de Australia de la manera siguiente:

- a. El empaquetado genérico del tabaco está destinado a: i) reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores; ii) aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias; y iii) reducir la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar. Australia se refirió a estos procesos como los mecanismos TPP, como también lo hizo el Grupo Especial.¹⁴⁴
- b. Si las medidas TPP actúan como está previsto sobre cualquiera de los tres mecanismos mencionados, o cualquier combinación de los mismos, se espera que los consumidores australianos se sientan desalentados de empezar a fumar (inicio) o de volver a fumar (recaída) y alentados a dejar de fumar (abandono), y que se reduzca la exposición al humo de tabaco ajeno. El Grupo Especial se refirió al inicio, la recaída y el abandono, de forma más general, como *conductas tabáquicas* relativas al uso de productos de tabaco.¹⁴⁵
- c. Como consecuencia, se obtendrían resultados positivos para la salud pública, específicamente, la reducción del uso de productos de tabaco y de la exposición a estos

¹³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.437.

¹³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.438. Tomamos nota de que existe una tensión en las alegaciones de error formuladas en apelación por los apelantes. Con respecto a la evaluación por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, los apelantes alegan que el Grupo Especial incurrió en error, entre otras cosas, al conceder demasiado peso a las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP, y un peso insuficiente a las pruebas de los efectos reales de dichas medidas. En cambio, con respecto a la evaluación por el Grupo Especial de la restrictividad del comercio de las medidas TPP, los apelantes alegan que el Grupo Especial incurrió en error, entre otras cosas, al conceder demasiado peso a las pruebas de los efectos reales de las medidas TPP, y un peso insuficiente a las pruebas de los efectos previstos de dichas medidas. (Véanse el párrafo 6.423 y la nota 1223 a dicho párrafo *infra*).

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.451.

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.455.

¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.424. Véase también *ibid.*, párrafo 7.483.

¹⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.507.

¹⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.517 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137).

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.490.

¹⁴⁵ El Grupo Especial explicó que, a los efectos de su informe, se entiende por "conductas tabáquicas" las que están directamente relacionadas con el uso de productos de tabaco, como por ejemplo, el inicio, el abandono, la recaída y el consumo. Las "conductas relacionadas con el tabaco" son las que están relacionadas con conductas tabáquicas, como comprar productos de tabaco, llamar a una línea telefónica "Quitline" de ayuda para abandonar el tabaco, ocultar un paquete en público y dirigir la mirada a advertencias sanitarias gráficas. (Informe del Grupo Especial, nota 1442 al párrafo 7.490).

productos, y una reducción conexa de las enfermedades y muertes relacionadas con el tabaco.¹⁴⁶

6.16. El Grupo Especial comenzó evaluando el efecto previsto de las medidas TPP, sobre la base de su diseño, estructura y funcionamiento previsto.¹⁴⁷ Posteriormente, evaluó las pruebas relativas a los efectos reales de las medidas TPP tras su entrada en vigor. Concretamente, evaluó la repercusión de las medidas TPP en: i) los resultados "no conductuales" o "proximales" (a saber, el atractivo del empaquetado, la eficacia de las ASG y la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores)¹⁴⁸; ii) los resultados "distales" (a saber, los resultados relativos a las intenciones o las conductas, como un aumento de las intenciones de dejar de fumar y un aumento de los intentos de dejar de fumar)¹⁴⁹; y iii) la conducta tabáquica (a saber, la prevalencia y el consumo).¹⁵⁰

6.17. A lo largo de todo su análisis, el Grupo Especial subrayó que el funcionamiento de las medidas TPP, incluida su contribución al objetivo de Australia, debe examinarse en el contexto más amplio de otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia. El Grupo Especial explicó que, si bien este contexto más amplio no elimina o reduce la necesidad "de identificar la contribución que las propias medidas impugnadas hacen al objetivo de Australia", era una consideración pertinente en su evaluación, en la medida en que "contribuye y afecta a la manera en que las medidas se aplican y funcionan, como componente de una serie más amplia de medidas de control del tabaco complementarias".¹⁵¹

6.18. Después de examinar: i) el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP; ii) la aplicación efectiva de las medidas TPP; y iii) la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

7.1025. En definitiva, ... los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁵²

6.19. El Grupo Especial destacó que su conclusión se basaba en las pruebas de que disponía en el momento de realizar su evaluación y no pretendía prejuzgar la evolución futura de la contribución de las medidas TPP a la reducción del consumo de productos de tabaco y a la exposición a estos productos. Al mismo tiempo, indicó que era consciente de que "la repercusión de las medidas TPP

¹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.490.

¹⁴⁷ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.5.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.491.

¹⁴⁹ El Grupo Especial señaló que los resultados "distales" guardan una relación más estrecha con las conductas tabáquicas como el inicio, la recaída, el abandono y la exposición al humo de tabaco ajeno. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.491).

¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.6. El Grupo Especial también examinó la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito. (Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.7).

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.506 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 154).

¹⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

puede evolucionar con el tiempo".¹⁵³ En especial, el Grupo Especial consideró "razonable la indicación de Australia de que cabe esperar que las medidas tengan una repercusión en particular en las generaciones futuras de jóvenes cuya exposición a la publicidad y promoción del tabaco habrá sido generalmente limitada, y que también será necesario algún tiempo para que las repercusiones en el abandono del hábito de fumar por parte de los fumadores actuales sean completas".¹⁵⁴

6.1.2.2 Alegación de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.20. Honduras reconoce que el Grupo Especial "estableció el criterio jurídico correcto"¹⁵⁵ en lo que respecta a la manera de evaluar el "grado en que un reglamento técnico de un Miembro, en la forma en que ha sido adoptado, redactado y aplicado, contribuye al objetivo legítimo perseguido por ese Miembro".¹⁵⁶ No obstante, Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error de derecho porque no aplicó ese criterio jurídico a los hechos.¹⁵⁷ Aduce que, "en general", el Grupo Especial consideró que un examen de la "totalidad de las pruebas" significaba que estaba eximido de su obligación "de realizar un análisis adecuado del valor probatorio de las pruebas relativas a la repercusión real de las medidas en la conducta tabáquica pertinente".¹⁵⁸ En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, Honduras expresó la opinión de que, si un grupo especial establece un determinado "criterio jurídico" en relación con la manera de abordar y evaluar las pruebas, entonces el hecho de no respetar ese enfoque en su examen de las pruebas constituiría una aplicación incorrecta del derecho a los hechos por el Grupo Especial.

6.21. Australia sostiene que las alegaciones de Honduras se refieren a la valoración de las pruebas y los argumentos realizada por el Grupo Especial y al peso relativo que este atribuyó a determinados elementos de prueba, y no al examen que realizó de las cuestiones de derecho e interpretación jurídica. En apoyo de su afirmación, Australia señala el hecho de que Honduras "no formula argumentos jurídicos en relación con ninguna de sus supuestas alegaciones relativas a la aplicación".¹⁵⁹ En consecuencia, Australia solicita al Órgano de Apelación que rechace la alegación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC cuando evaluó la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.¹⁶⁰

6.22. Observamos que, al desarrollar sus alegaciones de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, Honduras esgrime argumentos que coinciden totalmente con los presentados para respaldar sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD. Concretamente, en apoyo de su alegación de que el Grupo Especial no aplicó el criterio jurídico correcto previsto en el párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto, Honduras sostiene que el Grupo Especial:

- a. no se centró en la repercusión real "en la conducta tabáquica" ni "en el consumo de productos de tabaco", sino que atribuyó igual o mayor peso a percepciones e intenciones no corroboradas por pruebas relativas a la conducta real;
- b. no se centró en la repercusión real de las medidas en el consumo de productos de tabaco, sino que incluyó especulaciones "infundadas" acerca de una repercusión futura incierta de las medidas con el tiempo, a la luz de declaraciones no corroboradas sobre percepciones e intenciones;
- c. no formuló constataciones acerca de la contribución de "las propias [medidas de empaquetado genérico] impugnadas", sino acerca de las medidas impugnadas en combinación con todas las demás medidas de control del tabaco adoptadas por Australia;

¹⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 552.

¹⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 549 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 390).

¹⁵⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 552.

¹⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 555.

¹⁵⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 352.

¹⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 355.

- d. no examinó ni tomó en consideración el grado de contribución evaluando "la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba"; antes bien, se limitó a resumir las pruebas presentadas y señaló determinadas deficiencias sin extraer de estas ninguna conclusión en cuanto al peso que debía atribuirse a dichas pruebas, y acabó por dar el mismo peso a todas ellas;
- e. no realizó ninguna evaluación seria u objetiva del "rigor científico y metodológico" de las pruebas relativas al grado de contribución presentadas "en aplicación de la prueba MSF" que consideraba aplicable, sino que se limitó a incluir la totalidad de las pruebas -o al menos la totalidad de las pruebas presentadas por Australia- y dio efectivamente el mismo peso a todas ellas; y
- f. pese a las reiteradas declaraciones que formuló acerca de su enfoque con respecto a las pruebas econométricas, el Grupo Especial llevó a cabo "su propia evaluación econométrica (errónea) de las pruebas", pues elaboró determinados métodos de cálculo y estimación que en ningún momento fueron debatidos con las partes y que siguieron sin ser explicados incluso en el mismo informe definitivo del Grupo Especial.¹⁶¹

6.23. En determinadas circunstancias, algunas de las cuestiones identificadas en las alegaciones de Honduras pueden implicar la aplicación por un grupo especial del criterio jurídico previsto en el párrafo 2 del artículo 2 a los hechos.¹⁶² Además, como ha afirmado el Órgano de Apelación en ocasiones anteriores, a menudo es difícil distinguir claramente entre cuestiones que son estrictamente jurídicas o estrictamente fácticas, o que son cuestiones mixtas de derecho y de hecho.¹⁶³ Sin embargo, en la mayoría de los casos una cuestión será *o bien* una cuestión de aplicación del derecho a los hechos *o* una cuestión de evaluación objetiva de los hechos, pero no ambas cosas.¹⁶⁴

6.24. En los presentes procedimientos de apelación, varios factores contribuyen a nuestra opinión de que las impugnaciones de Honduras respecto del análisis llevado a cabo por el Grupo Especial se refieren a la valoración realizada por este de las pruebas de que disponía, y no a su aplicación del criterio jurídico previsto en el párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto. Destacamos la utilización por Honduras de la siguiente terminología en los argumentos que esgrime para respaldar su alegación de que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del criterio jurídico previsto en el párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto: i) "el Grupo Especial ... atribuyó igual o mayor peso a percepciones e intenciones no corroboradas por pruebas relativas a la conducta real"¹⁶⁵; ii) "[e]l Grupo Especial [no evaluó] 'la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba'"¹⁶⁶; iii) "[el Grupo Especial] se limitó a resumir las pruebas presentadas y señaló determinadas deficiencias sin extraer de estas ninguna conclusión en cuanto al peso que debía atribuirse a dichas pruebas, y acabó por dar el mismo peso a todas ellas"¹⁶⁷; iv) "[e]l Grupo Especial no realizó ninguna evaluación seria u objetiva del 'rigor científico y metodológico' de las pruebas"¹⁶⁸; y v) el Grupo Especial "llev[ó] a cabo su propia evaluación econométrica (errónea) de

¹⁶¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.

¹⁶² Por ejemplo, Honduras destaca que el Grupo Especial tomó un criterio que se ha aplicado en asuntos relacionados con el Acuerdo MSF, al razonar que "[e]n la medida en que se recurra a estos testimonios científicos, [la] evaluación [del Grupo Especial] puede incluir en particular un análisis de si tales testimonios ... tienen el 'rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito'". (Respuesta de Honduras a preguntas formuladas en la segunda audiencia; e informe del Grupo Especial, párrafo 7.516 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591)). Según Honduras, el Grupo Especial no aplicó ese criterio "sino que se limitó a incluir la totalidad de las pruebas -o al menos la totalidad de las pruebas presentadas por Australia- y dio efectivamente el mismo peso a todas ellas". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.v).

¹⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 872.

¹⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 872. El Órgano de Apelación formuló observaciones similares en los asuntos *CE - Productos derivados de las focas y China - Tierras raras*. Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.243; y *China - Tierras raras*, párrafo 5.180.

¹⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.i.

¹⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.iv.

¹⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.iv.

¹⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.v.

las pruebas".¹⁶⁹ Además, los argumentos planteados por Honduras van acompañados de notas en las que se hace referencia a los argumentos esgrimidos por Honduras para respaldar sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD.¹⁷⁰ De la misma manera, Honduras indica que el "proceder del Grupo Especial", que es objeto de la alegación de que este incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2, "también constituye una omisión de hacer una evaluación objetiva del asunto" en el sentido del artículo 11 del ESD.¹⁷¹

6.25. Por esas razones, consideramos que las alegaciones de Honduras se refieren a la valoración de los hechos y las pruebas realizada por el Grupo Especial, y no a la aplicación por este del criterio jurídico previsto en el párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto. En consecuencia, constatamos que Honduras no ha justificado su alegación de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto.

6.26. Antes bien, como hemos mencionado en el párrafo 6.24 *supra*, al desarrollar sus alegaciones de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, Honduras esgrime argumentos que coinciden totalmente con los presentados para respaldar sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD. Habida cuenta de la total coincidencia entre esos dos conjuntos de argumentos, y de que ambos conjuntos de argumentos se centran en el examen por el Grupo Especial de los hechos y en su valoración de las pruebas de que disponía, abordamos todas las impugnaciones de Honduras respecto del análisis de la contribución realizado por el Grupo Especial bajo la rúbrica de las alegaciones formuladas al amparo del artículo 11 del ESD.

6.1.2.3 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD

6.1.2.3.1 Introducción

6.27. Los apelantes nos solicitan que revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁷² La solicitud de los apelantes se basa, principalmente¹⁷³, en sus alegaciones de que el Grupo Especial incumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, y los apelantes se centran en la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial.

6.28. El artículo 11 del ESD establece lo siguiente:

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los Acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los Acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

6.29. Honduras sostiene que "el Grupo Especial no realizó un 'examen objetivo' de las pruebas relativas a la contribución de las medidas de empaquetado genérico al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco".¹⁷⁴ La República Dominicana, por su parte, apela respecto de "las constataciones generales y las constataciones intermedias" del Grupo Especial resultantes de la

¹⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 554.vi.

¹⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, notas 303-308 al párrafo 554.

¹⁷¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, nota 302 al párrafo 554.

¹⁷² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 533, 615, 721, 740 y 766; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 32, 587 y 1593 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043).

¹⁷³ Como se indica en la sección 6.1.2.2 *supra*, Honduras también alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC a los hechos en su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

¹⁷⁴ Anuncio de apelación presentado por Honduras, página 6, sección III.

evaluación que hizo de: i) las pruebas posteriores a la implementación "relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en las conductas tabáquicas"¹⁷⁵; ii) las pruebas anteriores a la implementación "relativas a la repercusión *prevista* de las medidas TPP"¹⁷⁶; iii) las pruebas posteriores a la implementación "relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en los resultados proximales y distales"¹⁷⁷; y iv) "la posible repercusión futura de las medidas TPP".¹⁷⁸

6.30. Al plantear sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD, la República Dominicana indica que, "[d]e conformidad con la orientación del Órgano de Apelación", la República Dominicana ha considerado detenidamente si, y en qué casos específicos, impugnar la falta de objetividad de la evaluación del asunto realizada por el Grupo Especial.¹⁷⁹ La República Dominicana afirma que "impugna únicamente aquellos errores con respecto a los cuales el Grupo Especial se ha 'excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos', y que son consiguientes a las constataciones del Grupo Especial".¹⁸⁰ Honduras, por su parte, sostiene que las "omisiones del Grupo Especial, consideradas individualmente y en conjunto", son de naturaleza y magnitud tales que arrojan serias dudas sobre la necesaria "evaluación objetiva" del Grupo Especial en el contexto de la presente diferencia.¹⁸¹

6.31. Australia nos pide que rechacemos todas las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, describiéndolas como un "ataque sin precedentes con respecto al cumplimiento por un grupo especial de su función de determinación de los hechos".¹⁸² A juicio de Australia, la aseveración de los apelantes de que han seguido "la orientación del Órgano de Apelación" y han "considerado detenidamente si, y en qué casos específicos, impugnar la falta de objetividad de la evaluación del asunto realizada por el Grupo Especial" parece hueca, habida cuenta de la magnitud y la naturaleza de sus alegaciones al amparo del artículo 11.¹⁸³ Australia sostiene, en cambio, que las alegaciones de los apelantes son una invitación para que el Órgano de Apelación determine si las constataciones de hecho del Grupo Especial son *correctas*, más que si el Grupo Especial fue *objetivo* al realizar su evaluación de los hechos.¹⁸⁴ Según Australia, el enfoque adoptado por los apelantes respecto de sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD socava el reconocimiento por el Órgano de Apelación de que "la credibilidad y el peso que deben atribuirse a las pruebas quedan al arbitrio del Grupo Especial como instancia que decide sobre los hechos".¹⁸⁵ A este respecto, Australia recuerda la explicación dada por el Órgano de Apelación de que no "interferir[ía] a la ligera" con las facultades de los grupos especiales para la determinación de los

¹⁷⁵ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 7. (con resalte en el original; no se reproducen las notas de pie de página)

¹⁷⁶ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 8. (con resalte en el original)

¹⁷⁷ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 9. (con resalte en el original)

¹⁷⁸ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 10. Según se describe en la nota 97 *supra*, además de esas alegaciones de error específicas, la República Dominicana, en su aviso de apelación, afirma que "incorpora por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación por Honduras". (Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 16). En respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia de los presentes procedimientos de apelación, la República Dominicana confirmó que incorporaba todas las alegaciones y los argumentos formulados por Honduras en apelación. Por consiguiente, cualquier referencia a las alegaciones y los argumentos de Honduras a lo largo de los presentes informes debe entenderse en el sentido de que incluye también una referencia a las alegaciones y los argumentos de la República Dominicana.

¹⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 33 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.228).

¹⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 33 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 5.148; y *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151).

¹⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 697.

¹⁸² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 424.

¹⁸³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 424.

¹⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 431. Véanse también la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante, párrafo 52; la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante, párrafo 15; y la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 31.

¹⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 437 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), nota 920 al párrafo 440; *CE - Hormonas*, párrafo 132; *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; y *Japón - Manzanas*, párrafo 221).

hechos¹⁸⁶, y no "ir[ía] más allá que el [G]rup[o] [E]special en la evaluación del valor probatorio de ... estudios o de las consecuencias, en su caso, de los presuntos defectos de [las pruebas]".¹⁸⁷

6.32. Para empezar, queremos destacar determinadas consideraciones preliminares en que se basa nuestro enfoque en relación con las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Dichas consideraciones se refieren a: i) la carga de la prueba en el marco del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la evaluación de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia; ii) la naturaleza de la conclusión general del Grupo Especial y el alcance de las apelaciones de los apelantes con respecto a ella; y iii) los temas transversales que subyacen a las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD.

6.1.2.3.1.1 Carga de la prueba

6.33. Como se indica en el párrafo 6.5 *supra*, ante el Grupo Especial, los reclamantes alegaron que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 porque restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Los reclamantes presentaron dos series de argumentos en apoyo de sus alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2. En su conjunto principal de argumentos, los reclamantes afirmaron que las medidas TPP no son adecuadas para contribuir al objetivo de Australia ni hacen ninguna contribución a ese objetivo.¹⁸⁸ En su conjunto subsidiario de argumentos, los reclamantes mantuvieron que, aun cuando las medidas TPP hagan alguna contribución al objetivo de Australia, restringen el comercio más de lo necesario porque "estarían razonablemente disponibles para Australia determinadas medidas alternativas que restringen *menos* el comercio para lograr una contribución equivalente a su objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo".¹⁸⁹

6.34. Está firmemente establecido que "la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente".¹⁹⁰ Así pues, correspondía a los reclamantes la carga de demostrar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁹¹ Una consecuencia de esta distribución de la carga de la prueba es que, con respecto a su conjunto principal de argumentos, los reclamantes estaban obligados a presentar suficientes pruebas para convencer al Grupo Especial de que las medidas TPP *no* son adecuadas para hacer y *no* hacen ninguna contribución al objetivo legítimo de Australia.¹⁹²

6.35. En su conjunto subsidiario de argumentos, los reclamantes mantuvieron que, aun cuando las medidas TPP hagan alguna contribución al objetivo de Australia, restringen el comercio más de lo necesario porque "estarían razonablemente disponibles para Australia determinadas medidas alternativas que restringen *menos* el comercio para lograr una contribución equivalente a su

¹⁸⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 437 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1317).

¹⁸⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, nota 558 al párrafo 437 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 161).

¹⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.426, 7.437-7.438 y 7.485.

¹⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1325. (con resalte en el original) En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, los apelantes confirmaron que: i) su principal afirmación ante el Grupo Especial había sido que las medidas TPP "restring[en] el comercio más de lo necesario" porque no hacen ni son adecuadas para hacer ninguna contribución al objetivo de Australia, al tiempo que restringen el comercio; y ii) habían aducido, subsidiariamente, que, aunque se constatará que las medidas TPP hacen alguna contribución, seguirían "restringi[endo] el comercio más de lo necesario" a la luz de las medidas alternativas propuestas.

¹⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16, WT/DS33/AB/R. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 446; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 138-140; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157; *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)*, párrafo 66; *Japón - Manzanas*, párrafo 159; *CE - Hormonas*, párrafo 98; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129.

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323. (no se reproduce la nota de pie de página) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208.

¹⁹² Esto está en consonancia con la explicación del Órgano de Apelación de que, "con arreglo a la distribución habitual de la carga de la prueba, la medida adoptada por un Miembro demandado será tratada como *compatible* con el régimen de la OMC mientras no se presenten pruebas suficientes para demostrar lo contrario". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)*, párrafo 66) (con resalte en el original)

objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo".¹⁹³ Recordamos que el grado de la contribución es solo un factor del proceso general de sopesar y confrontar de un grupo especial para determinar la "necesidad" en el marco del párrafo 2 del artículo 2, y no existe un umbral de contribución predeterminado a los fines de demostrar una incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2.¹⁹⁴ El proceso general de sopesar y confrontar de un grupo especial no tiene por qué ser cuantitativo, y a menudo es una evaluación cualitativa. En efecto, el Órgano de Apelación ha afirmado que "[a]l evaluar los factores pertinentes respecto del propio reglamento técnico, ... si bien debe exigirse a un reclamante que satisfaga su carga de acreditar *prima facie* que el reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, no siempre será posible cuantificar un factor determinado o cuantificarlo con precisión".¹⁹⁵ Por lo tanto, con respecto al conjunto subsidiario de argumentos de los reclamantes, no consideramos que los reclamantes tuvieran que demostrar el grado exacto y cuantificable de la contribución que hacen las medidas TPP al objetivo de Australia para satisfacer la carga que les corresponde de demostrar que las medidas TPP "restring[en] el comercio más de lo necesario". Más bien, los reclamantes tenían que demostrar que las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario porque podría lograrse un grado de contribución equivalente por medios alternativos que restringen menos el comercio.

6.36. Esto nos lleva a nuestra próxima consideración: la naturaleza de la conclusión general del Grupo Especial y el alcance de las apelaciones de los apelantes con respecto a ella.

6.1.2.3.1.2 La naturaleza de la conclusión general del Grupo Especial y el alcance de las apelaciones de los apelantes

6.37. Recordamos que, ante el Grupo Especial, y en relación con el conjunto principal de argumentos de los reclamantes, Honduras adujo que las medidas TPP no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia ni son adecuadas para hacerlo.¹⁹⁶ La República Dominicana sostuvo que axiomas de las ciencias sociales y médicas ampliamente aceptados confirman que las medidas TPP no serán efectivas para lograr los objetivos declarados de Australia.¹⁹⁷ El Grupo Especial entendió los argumentos de las partes como sigue:

Básicamente, los reclamantes consideran que las medidas TPP no pueden contribuir a su objetivo mediante los mecanismos indicados en la Ley TPP, y que las pruebas posteriores a la implementación muestran que en realidad no ha habido una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco como consecuencia de las medidas TPP. Australia, en esencia, responde que, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, las medidas están diseñadas sobre una base probatoria firme, y que las pruebas posteriores a la implementación disponibles confirman que las medidas están contribuyendo a su objetivo de reducir el consumo de tabaco.¹⁹⁸

6.38. El Grupo Especial trató de determinar en qué grado las medidas TPP, "tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno".¹⁹⁹ En su conclusión general, el Grupo Especial respondió a esta pregunta como sigue:

7.1024. Hemos analizado ... las pruebas que tenemos ante nosotros en relación con la contribución de las medidas TPP a su objetivo de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Hemos analizado las pruebas pertinentes relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto

¹⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1325; primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafos 853, 859 y 911; y primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 736-737, 980 y 1019-1021.

¹⁹⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 374; y *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), párrafo 5.216.

¹⁹⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), párrafo 5.208.

¹⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.426.

¹⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.437.

¹⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.485. Observamos que la caracterización que hizo el Grupo Especial de los argumentos de las partes no se impugna en apelación.

¹⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.424. Véase también *ibid.*, párrafo 7.483.

de las medidas TPP y las pruebas disponibles relativas a su aplicación desde su entrada en vigor en diciembre de 2012.

7.1025. En definitiva, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.²⁰⁰

6.39. Observamos en primer lugar que el Grupo Especial llegó a su "conclusión general" siguiendo su análisis de las pruebas pertinentes de que disponía "relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP y las pruebas disponibles relativas a su aplicación desde su entrada en vigor en diciembre de 2012".²⁰¹ En segundo lugar, observamos que el párrafo 7.1025 consta de dos frases. En la primera frase, el Grupo Especial concluyó que "los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP *no* sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".²⁰² En la segunda frase, el Grupo Especial continuó diciendo que las pruebas de que disponía respaldaban la opinión de que "las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".²⁰³ En ninguna de las comunicaciones de los apelantes se hizo referencia expresamente a la primera frase del párrafo 7.1025. Sin embargo, en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, los apelantes y Australia compartieron la opinión de que las dos frases del párrafo 7.1025 no debían leerse aisladamente una de otra. Más bien, a su juicio, ambas frases, leídas conjuntamente, reflejaban el rechazo por el Grupo Especial de la proposición de los reclamantes de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer, ni hacen, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Honduras añadió que el párrafo 7.1043 confirmaba la constatación principal del Grupo Especial, recogida en la segunda frase del párrafo 7.1025.

6.40. Coincidimos con los participantes en que las dos frases del párrafo 7.1025, leídas conjuntamente, constituyen el rechazo de la proposición de los reclamantes de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer, ni hacen, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Sin embargo, no compartimos la opinión de Honduras de que el contenido del párrafo 7.1043 es el mismo que el de la segunda frase del párrafo 7.1025. Según nuestra interpretación, hay un matiz adicional en la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.1043. Entre los párrafos 7.1025 y 7.1043, el Grupo

²⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1024-7.1025 y 7.1043.

²⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1024.

²⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025. (con resalte en el original)

²⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

Especial resumió los puntos fundamentales²⁰⁴ que justifican su conclusión de que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución *significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".²⁰⁵ No consideramos casual que el Grupo Especial añadiera la palabra "significativa". Mientras que en el párrafo 7.1025 se abordaba y rechazaba la proposición de los reclamantes de que "las medidas TPP no son adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia"²⁰⁶, la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.1043 va más allá al referirse a la cuestión del "grado" de la contribución que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco de Australia, hacen al objetivo de Australia. A este respecto, la conclusión del Grupo Especial de que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución *significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos"²⁰⁷ se refiere al conjunto subsidiario de argumentos de los reclamantes. En otras palabras, entendemos que el Grupo Especial formuló esta conclusión como vía que le permitiera abordar la proposición subsidiaria de los reclamantes de que, incluso si el Grupo Especial concluyera que las medidas TPP hacen una contribución al objetivo de Australia, dichas medidas seguirían "restringi[endo] el comercio más de lo necesario" porque estarían disponibles para Australia varias medidas alternativas que restringen menos el comercio y podrían lograr un grado de contribución *equivalente* al objetivo de Australia.²⁰⁸ En efecto, el Grupo Especial destacó esta conclusión sobre la "contribución significativa al objetivo de Australia" que hacen las medidas en su evaluación de las medidas alternativas propuestas por los reclamantes.²⁰⁹

6.1.2.3.1.3 Temas transversales que subyacen a las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11

6.41. Aunque los apelantes han formulado numerosas alegaciones contra declaraciones, análisis y constataciones específicos del Grupo Especial, han tratado en gran medida esas alegaciones en el marco de amplios temas transversales. Por ejemplo, al plantear sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD, Honduras alega que el Grupo Especial, en su evaluación de las pruebas, "actuó en contravención del artículo 11 del ESD" al no hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, que incluyera una evaluación objetiva de las pruebas que se le habían presentado sobre el grado de la contribución *real* de las medidas al logro del objetivo legítimo de Australia.²¹⁰ Específicamente, Honduras afirma que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, entre otras cosas porque:

- a. no dio una explicación razonada y adecuada de cómo los hechos apoyaban la determinación de que las medidas TPP habían dado lugar a una reducción de la prevalencia de tabaquismo y del consumo de productos de tabaco;
- b. desestimó, tergiversó y distorsionó elementos importantes de las pruebas de Honduras;
- c. no examinó las pruebas de manera imparcial y aplicó una doble norma de la prueba; y
- d. no respetó los principios básicos del debido proceso y la equidad procesal de la siguiente manera: en lugar de nombrar un experto que le prestara asesoramiento de manera transparente en ejercicio de las facultades que le confieren el artículo 13 del ESD o el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial recurrió a un "experto fantasma" que elaboró críticas de las pruebas de las partes, con respecto a las cuales las partes en ningún momento tuvieron la oportunidad de formular observaciones, y que

²⁰⁴ Observamos que, en esos párrafos, el Grupo Especial puso de relieve el carácter sólido de las pruebas anteriores a la implementación que tenía ante sí, destacando al mismo tiempo las limitaciones de las pruebas relativas a la repercusión real de las medidas TPP tras su entrada en vigor.

²⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043. (sin resalte en el original)

²⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

²⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043. (sin resalte en el original)

²⁰⁸ Primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafo 911; y primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 1019 y 1021 (donde se hace referencia a los párrafos 736 y siguientes, en particular al párrafo 737).

²⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1386.

²¹⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 695.

nunca se explicaron en el informe del Grupo Especial, lo que protegió dichas críticas de un examen adecuado.²¹¹

6.42. Según Honduras, "[e]sas omisiones del Grupo Especial, consideradas individualmente y en conjunto, son de naturaleza y magnitud tales que arrojan serias dudas sobre la necesaria 'evaluación objetiva' del Grupo Especial en el contexto de la presente diferencia, relativa a un producto controvertido y a medidas posiblemente bienintencionadas pero en cualquier caso ilícitas, ineficaces y desproporcionadas".²¹²

6.43. Por su parte, la República Dominicana afirma que, al evaluar la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, el Grupo Especial incurrió supuestamente en errores de la siguiente naturaleza:

- a. el Grupo Especial no respetó las prescripciones de debido proceso, entre ellas las de dar a las partes una oportunidad significativa para formular observaciones y analizar las pruebas con las partes, y de recabar información adicional en caso necesario, a fin de determinar si las pruebas satisfacen la carga de la prueba que corresponde a una parte;
- b. el Grupo Especial abonó los argumentos de Australia;
- c. el Grupo Especial trató las pruebas contradictorias presentadas por las partes de manera incongruente;
- d. el Grupo Especial elaboró un razonamiento que es internamente incoherente;
- e. el Grupo Especial no proporcionó "explicaciones razonadas y adecuadas" con respecto a sus constataciones;
- f. el Grupo Especial formuló constataciones que no tienen base en las pruebas obrantes en su expediente; y
- g. el Grupo Especial no examinó pruebas presentadas por la República Dominicana que eran importantes para su argumentación.²¹³

6.44. Al responder a las alegaciones de los apelantes, Australia también agrupa sus argumentos en torno a varios temas transversales, entre ellos: i) la asignación de la carga de la prueba²¹⁴; ii) la denegación del debido proceso²¹⁵; iii) la supuesta omisión por el Grupo Especial de dar "explicaciones 'razonadas y adecuadas'"²¹⁶; y iv) la importancia de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD.²¹⁷

6.45. Recordamos que, con respecto al análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, las alegaciones de los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD conciernen a la evaluación de los hechos por el Grupo Especial. El artículo 11 establece que, al desempeñar su cometido de ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD, "cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los *hechos*".²¹⁸ En los presentes procedimientos de apelación, la cuestión que debemos abordar es si los apelantes han demostrado que el Grupo Especial, al realizar el análisis que llevó a su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, hizo una evaluación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD. Una infinidad de alegaciones y argumentos de los apelantes se refieren a esta única cuestión, pero no son en y por sí mismas "cuestiones" independientes en el sentido de los

²¹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 696.

²¹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 697.

²¹³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 34.

²¹⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 430 y 478.

²¹⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 428-430.

²¹⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 431.

²¹⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 449.

²¹⁸ Sin resalte en el original.

párrafos 6 y 12 del artículo 17.²¹⁹ En consecuencia, no es necesario que abordemos, independientemente, cada alegación de error formulada por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Más bien, consideramos que bastará con que abordemos, conjuntamente, grupos de alegaciones sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones.

6.46. También en relación con los temas transversales que subyacen a las alegaciones de los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, tomamos nota de la afirmación de la República Dominicana de que, "[d]e conformidad con la orientación del Órgano de Apelación", la República Dominicana ha considerado detenidamente si, y en qué casos específicos, impugnar la falta de objetividad de la evaluación del asunto realizada por el Grupo Especial.²²⁰ La República Dominicana afirma que "impugna únicamente aquellos errores con respecto a los cuales el Grupo Especial se ha 'excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos', y que son consiguientes a las constataciones del Grupo Especial".²²¹ Honduras, por su parte, sostiene que las "omisiones del Grupo Especial, consideradas individualmente y en conjunto", son de naturaleza y magnitud tales que arrojan serias dudas sobre la necesaria "evaluación objetiva" del Grupo Especial en el contexto de la presente diferencia.²²²

6.47. Observamos que el análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia fue bastante detallado y abarcó, en la versión española, 189 páginas de su informe²²³, así como 141 páginas correspondientes a los apéndices A-D de su informe. Sin embargo, como señala Australia, las alegaciones de los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, en las que se impugna el análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, constituyen la mayor parte de su apelación, "y colectivamente suman cerca de 450 páginas de sus comunicaciones del apelante".²²⁴ Además, con la excepción de las constataciones del Grupo Especial sobre la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito, los apelantes han impugnado todas las constataciones intermedias que formuló el Grupo Especial en su análisis, así como la conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

6.48. La enorme cantidad de alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD en los presentes procedimientos de apelación no tiene precedentes. Recordamos que una alegación de que un grupo especial no ha hecho una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido es "una alegación muy grave".²²⁵ No todo error cometido por un grupo especial equivale a un incumplimiento por el grupo especial de los deberes que le corresponden en virtud del artículo 11, únicamente aquellos que, considerados conjunta o individualmente, socavan la *objetividad* de la evaluación por el grupo especial del asunto sometido a su consideración.²²⁶ De hecho, como ejemplo de las graves implicaciones de las alegaciones planteadas al amparo del artículo 11, el Órgano de Apelación ha considerado que la "desestimación", "distorsión" y "tergiversación de las pruebas" por un grupo especial, "en su significación ordinaria en los procesos judiciales y cuasijudiciales, suponen no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un *error monumental* que pone en duda la buena fe del Grupo [Especial]".²²⁷ Por esos motivos, el Órgano de Apelación ha instado a los Miembros a considerar detenidamente "cuándo y en qué medida impugnar una

²¹⁹ El párrafo 6 del artículo 17 del ESD limita una apelación a "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". El párrafo 12 del artículo 17 del ESD establece que "[e]l Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación".

²²⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 33 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.228).

²²¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 33 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.148; y *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151).

²²² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 697.

²²³ Informe del Grupo Especial, páginas 274-463 de la versión española.

²²⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 424; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, páginas 25-321 y 346-358 (308 páginas en la versión inglesa); y comunicación del apelante presentada por Honduras, páginas 193-315 y 317-340 (146 páginas en la versión inglesa).

²²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Perú - Productos agropecuarios*, párrafo 5.66 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (no se reproduce la nota de pie de página)).

²²⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Perú - Productos agropecuarios*, párrafo 5.66; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1318; y *Estados Unidos - EPO*, párrafos 300 y 321.

²²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133. (sin resalte en el original)

evaluación de un asunto realizada por un grupo especial de conformidad con el artículo 11".²²⁸ Ello está en consonancia con el objetivo de la pronta solución de las diferencias y la prescripción establecida en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD de que los Miembros "reflexionen cuando decidan si sería útil actuar al amparo de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC".²²⁹

6.49. Además, el Órgano de Apelación ha dicho que, al cumplir su deber de hacer una evaluación objetiva de los hechos, un grupo especial está obligado a "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que [las] constataciones fácticas [del Grupo Especial] tengan fundamento adecuado en esas pruebas".²³⁰ Con arreglo a esos parámetros, "por lo general queda a discreción del [G]ruppo [E]special decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones".²³¹ Además, al evaluar el valor probatorio de las pruebas, un grupo especial no está obligado a "atribuir a las pruebas fácticas ... el mismo sentido y peso que [las partes]".²³² Por lo tanto, una impugnación al amparo del artículo 11 del ESD "no puede formularse ... simplemente afirmando que un grupo especial no estuvo de acuerdo con determinados argumentos o pruebas".²³³

6.50. En este sentido, hacemos hincapié en que no tomaremos en consideración ningún intento de los apelantes de volver a presentar sus argumentos de hecho con el pretexto de impugnar la objetividad de la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial. A nuestro juicio, tomar en consideración tales argumentos de hecho socavaría la función del Grupo Especial como instancia que decide sobre los hechos y órgano resolutorio de primera instancia en el sistema de solución de diferencias de la OMC. A nuestro parecer, tomar en consideración los argumentos de hecho de los apelantes no solo no respetaría la función ni las facultades discrecionales del Grupo Especial como encargado de juzgar los hechos, sino que tampoco estaría en consonancia con la advertencia del Órgano de Apelación de que: i) no "interfer[iremos] a la ligera" con las facultades de los grupos especiales para la determinación de los hechos²³⁴; ii) no iremos "más allá que el [G]ruppo [E]special en la evaluación del valor probatorio de ... estudios o de las consecuencias, en su caso, de los presuntos defectos [de las pruebas]"²³⁵; y iii) no llegaremos a "una constatación de incompatibilidad en relación con el artículo 11 simplemente [sobre la base de] la conclusión de que [podríamos] haber llegado a una constatación fáctica diferente de aquélla a la que llegó el Grupo Especial".²³⁶

6.1.2.3.1.4 Enfoque al abordar las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD y orden de análisis

6.51. Basándonos en las anteriores consideraciones preliminares y en nuestro examen de las comunicaciones de los participantes, no consideramos necesario abordar por separado cada alegación independiente planteada por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Más bien, abordamos, conjuntamente, grupos de alegaciones sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones. Dicho esto, hemos identificado algunas de las alegaciones de los

²²⁸ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.228.

²²⁹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.228.

²³⁰ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258).

²³¹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135).

²³² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*, párrafo 5.61.

²³³ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 238).

²³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 881.

²³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 222 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *-CE - Amianto*, párrafo 177, donde a su vez se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 161).

²³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 881. (no se reproduce la nota de pie de página)

apelantes que los temas transversales no captan suficientemente, y nos ocuparemos ellas de manera independiente. También consideramos que las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos previstos de las medidas TPP son tan fundamentales para su conclusión general²³⁷ que las impugnaciones de los apelantes respecto de ellas merecen un examen independiente.

6.52. Además, recordamos que el párrafo 4 del artículo 3 del ESD indica que "[l]as recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión". El párrafo 7 del artículo 3 establece que "[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias". Estos objetivos generales del mecanismo de solución de diferencias de la OMC nos indican que, pese a que debemos *abordar* cada una de las cuestiones planteadas en apelación de conformidad con el párrafo 12 del artículo 17, tenemos la facultad discrecional de no *pronunciarnos* sobre el fondo de determinadas alegaciones cuando hacerlo no sea necesario para resolver la diferencia.²³⁸ Consideramos que no es necesario que nos pronunciemos sobre el fondo de determinadas alegaciones de los apelantes para dar una solución positiva a la diferencia que se nos ha sometido.

6.53. En síntesis, después de nuestro examen de las comunicaciones de los participantes, consideramos apropiado abordar las alegaciones de los apelantes sobre la base de los tres enfoques siguientes: i) pocas de las alegaciones de los apelantes merecen un examen independiente (las alegaciones de los apelantes relativas a los efectos previstos de las medidas TPP, así como unas pocas alegaciones relativas a los efectos reales de las medidas TPP); ii) con respecto a la mayoría de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, abordaremos, conjuntamente, grupos de alegaciones sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones; y iii) con respecto al resto de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, no es necesario que nos pronunciemos sobre el fondo de esas alegaciones para dar una solución positiva a la diferencia que se nos ha sometido.

6.54. Por consiguiente, procederemos con arreglo al siguiente orden de análisis, abordando las alegaciones relativas a: i) la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas anteriores a la implementación concernientes al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP; ii) la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación concernientes a la aplicación de las medidas TPP; iii) las aseveraciones del Grupo Especial sobre la repercusión futura de las medidas TPP; iv) la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación, que no es necesario abordar para dar una solución positiva a la diferencia que se nos ha sometido; y v) la conclusión general del Grupo Especial.

6.1.2.3.2 La evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas anteriores a la implementación relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP

6.1.2.3.2.1 Panorama general

6.55. Los apelantes han presentado varias alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD en relación con el examen que hizo el Grupo Especial de las pruebas relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP (pruebas anteriores a la implementación²³⁹), como

²³⁷ Véase la nota 204 *supra*.

²³⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*) / *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - *México II*), párrafo 6.318; y *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafos 510-511.

²³⁹ En sus comunicaciones escritas al Grupo Especial, los participantes emplean la expresión "pruebas anteriores a la implementación" para referirse a las pruebas relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP, incluidos en particular los estudios que ofrecieron una base probatoria para la adopción por Australia de medidas de empaquetado genérico del tabaco (publicaciones TPP). También emplean la expresión "pruebas posteriores a la implementación" para referirse a las pruebas relativas a la aplicación de las medidas desde su entrada en vigor. Al mismo tiempo, observamos que, aunque el Grupo Especial declaró que las publicaciones TPP están constituidas "principalmente" por estudios de fecha anterior a la implementación de las medidas TPP en Australia, señaló que algunos de esos estudios se publicaron después de la fecha de implementación de las medidas TPP. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.521 y 7.539). Por lo tanto, en rigor, el empleo de las expresiones "pruebas anteriores a la implementación" y "pruebas posteriores a la implementación" puede no ser completamente exacto. Sin embargo, dada la utilidad práctica de esas expresiones, las empleamos también como forma abreviada de hacer referencia a las pruebas

elemento de la evaluación global realizada por el Grupo Especial del grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.²⁴⁰ Las alegaciones de los apelantes se pueden clasificar en términos generales en dos grupos, a saber: i) alegaciones relativas a la validez de la conclusión *intermedia* del Grupo Especial²⁴¹, a las que se llegó sobre la base de las pruebas anteriores a la implementación, de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no podrían contribuir al objetivo de salud pública de Australia por medio de los tres "mecanismos" por los que las medidas están destinadas a funcionar, a saber, reducir el atractivo de los productos de tabaco, incrementar la eficacia de las advertencias sanitarias y reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores²⁴²; y ii) alegaciones relativas a la cuestión de si esas conclusiones intermedias, junto con las pruebas relativas a la aplicación de las medidas TPP (o pruebas "posteriores a la implementación"), proporcionaron respaldo suficiente para la conclusión *general* sobre la contribución²⁴³ - que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia, sino que, por el contrario, esas medidas son adecuadas para realizar, y efectivamente realizan, una contribución significativa a ese objetivo, aplicadas en combinación con otras medidas del control del tabaco mantenidas por Australia.²⁴⁴

6.56. En esta sección abordamos las alegaciones de los apelantes relativas a la cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 al llegar a sus conclusiones intermedias sobre la base de su evaluación de las pruebas anteriores a la implementación (es decir, las clasificadas en el apartado i) *supra*). Las alegaciones comprendidas en el apartado ii) *supra* se abordan en la sección 6.1.2.3.4 *infra*, en la que determinamos si el Grupo Especial omitió hacer una evaluación objetiva del asunto al llegar a su conclusión general relativa a la contribución.

6.57. Honduras y la República Dominicana impugnan respectivamente aspectos diferentes del análisis del Grupo Especial que condujo a las conclusiones intermedias a las que este llegó sobre la base de las pruebas anteriores a la implementación. Honduras alega que, al llegar a esas conclusiones intermedias, el Grupo Especial no presentó una explicación razonada y adecuada²⁴⁵ y trató las pruebas de manera parcial en favor de Australia²⁴⁶, al razonar que, aunque puede haber "graves limitaciones" inherentes en los estudios individuales que proporcionaron una base probatoria para la adopción de las medidas TPP, cualquiera de esas limitaciones puede ser pasada por alto si se considera la "solidez combinada" de esos estudios.²⁴⁷ La República Dominicana, por su parte, alega que el Grupo Especial no analizó las pruebas de la República Dominicana que contradecían directamente la conclusión intermedia del Grupo Especial, y que, al hacerlo, el Grupo Especial basó su conclusión en un "razonamiento incoherente".²⁴⁸

6.1.2.3.2.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial

6.58. Ante el Grupo Especial, Australia explicó que el diseño de las medidas TPP obedece a un "modelo de cadena causal", o "modelo mediacional"²⁴⁹, con arreglo al cual las medidas tienen por objeto afectar a la conducta tabáquica por medio de tres "mecanismos" - o resultados "proximales" o "no conductuales" - identificados en la Ley TPP. Esos tres mecanismos son: i) reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores; ii) aumentar la eficacia de las ASG; y iii) reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores con respecto a los efectos nocivos de fumar. Según el modelo de "cadena causal", se prevé que los tres resultados "proximales" tengan a su vez una repercusión en resultados "distales", como el aumento de las intenciones de dejar de fumar y el aumento de los intentos de dejar de fumar, que guardan una relación más estrecha con

relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP, y a las pruebas relativas a la aplicación efectiva de estas desde su entrada en vigor, respectivamente.

²⁴⁰ Véase el informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.5.

²⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.929-7.930.

²⁴² Comunicación del apelante presentada por Honduras, secciones VIII.2.1.2 a) y párrafos 1008-1014; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, sección II.E.2.

²⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

²⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, secciones VIII.2.1.2 b) y VIII.2.1.2 c); y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, sección II.E.3.

²⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 796-797 y 802.

²⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1006 y 1018.

²⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 799-801, 805, 1010-1011 y 1013).

²⁴⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, sección II.E.2 (véase, en particular, el párrafo 658).

²⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.488.

conductas en última instancia tabáquicas como el inicio, la recaída y el abandono y la exposición al humo de tabaco ajeno.²⁵⁰

6.59. La principal alegación de los reclamantes²⁵¹ ante el Grupo Especial fue que las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 porque no hacen, ni son adecuadas para hacer, ninguna contribución al objetivo de Australia por medio de ninguno de los tres mecanismos, al tiempo que entrañan una considerable restrictividad del comercio.²⁵² En este contexto, los reclamantes adujeron que la suposición que subyace a la adopción de las medidas de empaquetado genérico del tabaco en Australia se basa en ideas erróneas fundamentales sobre las teorías del comportamiento.²⁵³

6.60. En concreto, los reclamantes adujeron que el corpus de estudios -la mayoría anteriores a la implementación de las medidas TPP- que constituyó la base probatoria para la adopción de las medidas (las publicaciones TPP²⁵⁴) no era de una calidad o un rigor metodológico suficiente para proporcionar un fundamento fiable en respaldo de las medidas.²⁵⁵ Los reclamantes también adujeron que, aun suponiendo que las medidas fueran, como aducía Australia, adecuadas para tener una repercusión en los resultados "proximales" (es decir, para reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG o limitar la capacidad del empaquetado de inducir a los consumidores a error acerca de los efectos nocivos de fumar), eso no tendría repercusión alguna en las conductas tabáquicas pertinentes.²⁵⁶ Los reclamantes sostuvieron que, por el contrario, la tesis que subyace a las medidas TPP había sido refutada por las pruebas empíricas posteriores a la implementación disponibles en el momento de las actuaciones del Grupo Especial, que supuestamente demostraban que la prevalencia de tabaquismo no se había reducido a consecuencia de las medidas TPP.²⁵⁷

6.61. El Grupo Especial comenzó su evaluación de las pruebas relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP considerando la crítica global de las publicaciones TPP realizada por los reclamantes.²⁵⁸ El Grupo Especial consideró que la crítica de los reclamantes no era convincente y constató que, por el contrario, "los estudios que componen las publicaciones TPP provienen de fuentes respetadas y cualificadas y se centran en resultados pertinentes, y ... no se ha demostrado que estén, en general, tan viciadas metodológicamente que deban descartarse en su totalidad por tratarse de una base probatoria no fiable en apoyo del empaquetado genérico del tabaco".²⁵⁹

6.62. El Grupo Especial procedió entonces a examinar, con extensas referencias a los estudios individuales que constituían las publicaciones TPP, si, y en qué grado, se preveía que las medidas TPP tuvieran una repercusión en los tres resultados proximales (o mecanismos) y, en última instancia,

²⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.491 y nota 1443 a dicho párrafo.

²⁵¹ Los reclamantes adujeron subsidiariamente que, aunque el Grupo Especial llegara a la conclusión de que las medidas TPP hacen *alguna* contribución al objetivo de Australia, estas seguirían "restringi[endo] el comercio más de lo necesario", porque estarían al alcance de Australia diversas medidas alternativas que son menos restrictivas del comercio y podrían lograr un grado de contribución equivalente. (Primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafo 911; y primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 1019 y 1021 (donde se hace referencia al párrafo 736 y siguientes, en particular el párrafo 737)).

²⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.426 y 7.434.

²⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.426 y 7.434.

²⁵⁴ Observamos que el Grupo Especial explicó que la expresión "publicaciones TPP" se utilizaba en el informe del Grupo Especial "sin que ello impli[cara] referirse a una lista concreta de estudios pertinentes". El Grupo Especial señaló que los reclamantes habían presentado una serie de 68 estudios a los que habían aludido como "las publicaciones TPP" (Pruebas documentales JE-24(1)-(68) presentadas al Grupo Especial), así como varios informes de expertos que contenían exámenes de estudios relacionados con el empaquetado genérico del tabaco pertinentes. El Grupo Especial observó también que esas listas se solapaban parcialmente con las publicaciones a que Australia hacía referencia. El Grupo Especial declaró que aludía a ese corpus de estudios en general como "las publicaciones TPP". (Informe del Grupo Especial, nota 1485 al título de la sección 7.2.5.3.5.1. Véase también *ibid.*, párrafo 7.522 y nota 1486 a dicho párrafo).

²⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.518-7.521.

²⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520.

²⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.485-7.486.

²⁵⁸ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.5.1.

²⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.639.

en la conducta tabáquica. Con respecto a los tres resultados proximales, el Grupo Especial *no* estaba persuadido de lo siguiente:

- a. de que los reclamantes hubieran demostrado que las medidas TPP no podrían reducir el atractivo de los productos de tabaco y contribuir así al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos²⁶⁰;
- b. de que los reclamantes hubieran demostrado que las medidas TPP no podrían aumentar la eficacia de las ASG y contribuir así al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos²⁶¹; ni
- c. de que los reclamantes hubieran demostrado que las medidas TPP, por su diseño, no podrían reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar; o que una contribución de ese tipo no aportaría nada a lo que puede lograrse en el marco de la Ley Australiana de Protección del Consumidor.²⁶²

6.63. En consecuencia, el Grupo Especial constató que, en definitiva, los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no podrían contribuir al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, mediante el funcionamiento de los tres mecanismos identificados en la Ley TPP, en combinación con otras medidas pertinentes de control del tabaco aplicadas por Australia.²⁶³ Antes bien, el Grupo Especial consideró que:

[E]n un contexto normativo en el que el empaquetado del tabaco constituiría la *única* ocasión de transmitir una percepción positiva del producto a través de las marcas, como en el caso de Australia, nos parece razonable plantear la hipótesis de que existe alguna correlación entre la eliminación de esos elementos de diseño y el atractivo del producto, y entre ese menor atractivo del producto y los comportamientos de los consumidores. Tampoco nos parece irrazonable, en tal contexto, de acuerdo con las pruebas de que disponemos, prever que la eliminación de estos elementos también impediría que generaran señales contradictorias que socavasen otros mensajes que intentan aumentar el conocimiento de los consumidores sobre el carácter nocivo del consumo de tabaco y que forman parte de la estrategia de control del tabaco de Australia, incluidos los que transmiten las ASG.²⁶⁴

6.64. El Grupo Especial subrayó que esas conclusiones eran de naturaleza intermedia y que el valor probatorio de las pruebas anteriores a la implementación se debía evaluar a la luz del posterior examen de la repercusión real de las medidas TPP realizado por el Grupo Especial sobre la base de las pruebas relativas a su aplicación tras la entrada en vigor de las medidas (es decir, las pruebas "posteriores a la implementación").²⁶⁵

6.1.2.3.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al atribuir indebidamente valor probatorio a las publicaciones TPP

6.65. Honduras alega que el Grupo Especial incumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD -además de por no dar una explicación razonada y adecuada y por tratar las pruebas de manera parcial a favor de Australia- porque atribuyó indebidamente valor probatorio a los estudios que componen las publicaciones TPP.²⁶⁶ En particular, Honduras destaca que el Grupo Especial reconoció que los estudios que componen esas publicaciones se centran en resultados "no conductuales" (es decir, resultados "proximales", o los "mecanismos" de las medidas TPP) y que, por lo tanto, por sí solos no son informativos con respecto a la pregunta última de si las medidas TPP contribuyen al

²⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.777.

²⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.868.

²⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.927.

²⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.929. Véase también *ibid.*, párrafo 7.1034.

²⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034. (con resalte en el original)

²⁶⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.495-7.500, 7.644, 7.779, 7.870 y 7.928.

²⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 800 y 805.

objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.²⁶⁷ Honduras también observa que el Grupo Especial aceptó que el test ideal para examinar la eficacia de las medidas TPP habría sido un estudio aleatorizado, longitudinal e hipotético, pero que este no fue el método empleado en los estudios anteriores a la implementación no es ese.²⁶⁸ Honduras observa que, no obstante las "graves limitaciones" de los estudios anteriores a la implementación, el Grupo Especial declaró que esas deficiencias individuales no eran "fatales", porque los estudios no debían evaluarse aisladamente, sino en el contexto más amplio del corpus entero de estudios, teniendo en cuenta su "solidez combinada" y su compatibilidad con publicaciones más amplias.²⁶⁹ A juicio de Honduras, sin embargo, "no tiene justificación lógica decir que un mal estudio sería más fiable si se combina con otros malos estudios", ya que, por el contrario, "no se puede atribuir ningún valor o peso probatorio" a tales "malos" estudios.²⁷⁰

6.66. Australia no está de acuerdo con la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido al asignar valor probatorio a las pruebas anteriores a la implementación pese a sus "graves limitaciones". A juicio de Australia, las alegaciones de error formuladas por Honduras tienen por objeto las facultades discrecionales del Grupo Especial para evaluar la credibilidad, determinar el peso y formular constataciones sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial.²⁷¹ Por consiguiente, Australia alega que Honduras nos pide que, de hecho, sopesemos de nuevo las pruebas.²⁷² Australia subraya que, contrariamente a lo afirmado por Honduras, el Grupo Especial examinó cuidadosamente las críticas que hicieron los reclamantes de las publicaciones TPP²⁷³ -que se basaban en la focalización de las publicaciones TPP; la falta de estudios aleatorizados, longitudinales e hipotéticos; y la supuesta falta de rigor metodológico- y explicó por qué no consideraba persuasivas esas críticas.²⁷⁴

6.67. Observamos de entrada que la alegación de Honduras concierne solo a una parte del análisis que hizo el Grupo Especial de las pruebas relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP, a saber, la sección del informe del Grupo Especial en la que este evaluó la calidad y fiabilidad *generales* de las publicaciones TPP.²⁷⁵ De hecho, en su comunicación del apelante, Honduras hace referencia principalmente a los párrafos²⁷⁶ de la sección 7.2.5.3.5.1 del informe del Grupo Especial, titulada "Crítica de las 'publicaciones sobre el empaquetado genérico' (publicaciones TPP)", en la que el Grupo Especial examinó el argumento preventivo de los reclamantes de que ese corpus de pruebas, en conjunto, adolece de graves deficiencias metodológicas y carece de rigor y la objetividad científicos necesarios para constituir una base probatoria fiable para una intervención de política de este tipo.²⁷⁷

²⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 799 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.553, 7.564 y 7.642). Véase también *ibid.*, párrafo 1008 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.562 y nota 1595 a dicho párrafo, y párrafo 7.642).

²⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 799 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.557, 7.588 y 7.605 y nota 1681 al párrafo 7.605). Véase también *ibid.*, párrafo 1009.

²⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 800 y 1010 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.627 y 7.641).

²⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 801. Honduras también aduce que, al adoptar un enfoque basado en la "totalidad de las pruebas" parcial, el Grupo Especial permitió que pruebas no científicas y de calidad inferior a la norma permanecieran incluídas en el análisis global siempre que respaldaban los argumentos de Australia, al tiempo que rechazaba las pruebas presentadas por los reclamantes tan pronto como identificaba una sola deficiencia en ellas. (*Ibid.*, párrafos 801-803. Véase también *ibid.*, párrafos 1005-1006 y 1018).

²⁷¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 535.

²⁷² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 537.

²⁷³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 536 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.539-7.644).

²⁷⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 536 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.555, 7.561-7.562, 7.610 y 7.638-7.639).

²⁷⁵ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.639.

²⁷⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.499, 7.553, 7.557, 7.562, 7.564, 7.588, 7.605, 7.627 y 7.641.

²⁷⁷ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.523. Honduras no impugna aspectos concretos del examen realizado subsiguientemente por el Grupo Especial, con referencia a los estudios individuales que componen las publicaciones TPP y a otras pruebas, con respecto a la cuestión de si, y en qué grado, se prevé que las medidas TPP tengan una repercusión en cada uno de los tres "mecanismos" (o resultados "proximales") identificados en la Ley TPP (es decir, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de

6.68. En cuanto a la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial reconoció las "graves limitaciones" inherentes a los estudios individuales que componen las publicaciones TPP, observamos que Honduras identifica dos características de esos estudios que constituyen dichas limitaciones: i) la focalización de las publicaciones TPP en los resultados "proximales" o "no conductuales", en lugar de en la pregunta última de si las medidas TPP afectan a la conducta tabáquica; y ii) la falta de los estudios aleatorizados, longitudinales e hipotéticos que según señaló el Grupo Especial habrían sido "ideales".²⁷⁸

6.69. Observamos que, contrariamente a lo que afirma Honduras en apelación, el Grupo Especial *rechazó*, en lugar de reconocer, la opinión de que esas características constituían una deficiencia de los estudios individuales que componen las publicaciones TPP que es de tal naturaleza que socava fundamentalmente su valor probatorio.

6.70. En concreto, con respecto a la focalización de las publicaciones TPP en los resultados no conductuales (apartado i) del párrafo 6.68 *supra*), el Grupo Especial observó que buena parte de las publicaciones TPP se centran en la capacidad del empaquetado genérico de influir en los tres "mecanismos" (o resultados "proximales" o "no conductuales") por medio de los cuales las medidas TPP están destinadas a actuar, y no en la repercusión de las medidas en la conducta tabáquica²⁷⁹, que es el objetivo último de las medidas TPP. No obstante, el Grupo Especial consideró que la focalización de las publicaciones TPP en resultados no conductuales "*no constituye ... una deficiencia intrínseca*", siempre que se entienda que es uno de los componentes de una base probatoria más amplia".²⁸⁰ El Grupo Especial explicó que las medidas TPP se diseñaron para actuar sobre esos resultados "no conductuales" o "proximales", con miras a influir en última instancia en las conductas tabáquicas, y que los tres "mecanismos" identificados en la Ley TPP reflejan estrechamente los resultados "no conductuales" que se estudiaron en una gran parte de las publicaciones TPP de fecha anterior a la adopción de las medidas.²⁸¹ El Grupo Especial también consideró que, si bien un análisis de la repercusión de las medidas en la conducta tabáquica es "directamente pertinente" para su evaluación²⁸², no hay razón para excluir, *ex ante*, que las pruebas relativas a los resultados "proximales" también informen esa evaluación, en tanto en cuanto informen la repercusión de las medidas en la conducta tabáquica.²⁸³

6.71. Con respecto a la supuesta falta de estudios aleatorizados, longitudinales en hipotéticos (apartado ii) del párrafo 6.68 *supra*), el Grupo Especial observó que hay "alguna convergencia" entre los investigadores en que el "test ideal" de la eficacia del empaquetado genérico habría sido "un ensayo aleatorizado controlado longitudinal en un ámbito poblacional, donde el empaquetado se manipulase en algunos mercados pero no en otros".²⁸⁴ Sin embargo, el Grupo Especial observó que las pruebas -incluidas las presentadas por la propia República Dominicana²⁸⁵- indicaban que hay importantes limitaciones de la viabilidad o utilidad de realizar tales experimentos controlados aleatorizados, así como cuestiones éticas que surgirían al realizar tales experimentos.²⁸⁶ En

las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores) y, a su vez, en la conducta tabáquica.

²⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 799.

²⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.552-7.553.

²⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.555. (sin resalte en el original)

²⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.555.

²⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.495.

²⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

²⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.557.

²⁸⁵ Por ejemplo, el Grupo Especial observó que uno de los expertos de los reclamantes, el Profesor Ajzen, explicó que "la dificultad radica en que la situación experimental creada antes de la implementación de la Ley [TPP] no es una reproducción exacta de la situación que se encontraría después", y que eso puede poner en peligro la validez externa del experimento. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.558 (donde se cita I. Ajzen, Supplemental Report: Pre Implementation Empirical Testing of Behavioral Theories Relied on by Australia to Justify Plain Packaging (7 de julio de 2015) (informe suplementario de Ajzen) (Prueba documental DOM/HND/IDN-4 presentada al Grupo Especial), párrafo 56). El Profesor Ajzen observó además que "hay una limitación del estudio de la conducta tabáquica que es de naturaleza ética", y que las "limitaciones prácticas que conlleva el estudio de la repercusión del empaquetado genérico en la conducta antes de la implementación de la Ley [TPP] ponen de manifiesto la importancia de la investigación ... relativa a la repercusión del empaquetado genérico en los *determinantes teóricos* de la conducta tabáquica". (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.559-7.560 (donde se cita el informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4 presentada al Grupo Especial), párrafos 57 y 59) (con resalte en el original))).

²⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.558 (donde se hace referencia al informe suplementario de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-4 presentada al Grupo Especial), párrafos 56-57; a G. Fong, Supplemental Report in Response to Professor Ajzen (8 de septiembre de 2015) (informe suplementario de

consecuencia, el Grupo Especial no estaba persuadido de que "la inexistencia de un estudio antes de la implementación de las medidas, en el que se hubiera utilizado un diseño experimental 'ideal' que permitiera la observación de conductas tabáquicas reales constituy[a] una deficiencia en las publicaciones TPP, de naturaleza tal que socave fundamentalmente su valor probatorio y la base probatoria subyacente a la adopción de las medidas TPP".²⁸⁷

6.72. En consecuencia, no estamos de acuerdo con Honduras en que el Grupo Especial *reconociera* que cualquiera de las dos características de los estudios que componen las publicaciones TPP constituye una deficiencia inherente que es tan fatal que socava fundamentalmente el valor probatorio de las publicaciones TPP en su conjunto.

6.73. Honduras también cuestiona el razonamiento del Grupo Especial según el cual, aunque algunos de los estudios que forman las publicaciones TPP pudieran adolecer de ciertas deficiencias o limitaciones metodológicas, esas limitaciones no eran "fatales" cuando se tenía en cuenta la "solidez combinada" de los estudios y su compatibilidad con publicaciones más amplias.²⁸⁸ Según Honduras, "no tiene justificación lógica decir que un mal estudio sería más fiable si se combina con otros malos estudios".²⁸⁹

6.74. No estamos de acuerdo. De hecho, en lugar no ofrecer ninguna "justificación lógica" al constatar que las publicaciones TPP proceden de fuentes respetadas y calificadas, el Grupo Especial presentó una explicación detallada de por qué consideraba que esas publicaciones, en conjunto, proporcionaban un fundamento razonable en apoyo de la tesis que subyace a la adopción de las medidas TPP en Australia. Por ejemplo, en el contexto del examen del argumento de los reclamantes de que los estudios que componen las publicaciones TPP están sesgados y carecen de objetividad²⁹⁰, el Grupo Especial tomó nota de la indicación de Australia de que los estudios de ese corpus, "considerad[o]s conjuntamente", respaldan la eficacia del empaquetado genérico del tabaco.²⁹¹ El Grupo Especial convino con Australia y declaró que "en la medida en que los resultados convergentes de la investigación reflejen las conclusiones de una serie de estudios compatibles con

Fong) (Prueba documental AUS-531 presentada al Grupo Especial), párrafos 167-168; a C. Moodie, M. Stead, L. Bauld, A. McNeill, K. Angus, K. Hinds, I. Kwan, J. Thomas, G. Hastings y A. O'Mara Eves, Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review, Centro de Investigaciones sobre el Control del Tabaco del Reino Unido, Universidad de Stirling (2012) (examen de Stirling) (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59 presentadas al Grupo Especial), páginas 17-18 y 88-89; a M. Stead, C. Moodie, K. Angus, L. Bauld, A. McNeill, J. Thomas, G. Hastings, K. Hinds, A. O'Mara-Eves, I. Kwan, R. Purves y S. Bryce, "Is Consumer Response to Plain/Standardised Tobacco Packaging Consistent with Framework Convention on Tobacco Control Guidelines? A Systematic Review of Quantitative Studies", *PLoS One*, volumen 8 (2013), doi:10.1371/journal.pone.0075919 (Prueba documental CUB-58 presentada al Grupo Especial), página 8; a S. Ulucanlur, G. Fooks, J. Hatchard y A. Gilmore, "Representation and Misrepresentation of Scientific Evidence in Contemporary Tobacco Regulation: A Review of Tobacco Industry Submissions to the UK Government Consultation on Standardised Packaging", *PLoS Medicine*, volumen 11 (2014), doi:10.1371/journal.pmed.1001629 (Prueba documental AUS-501 presentada al Grupo Especial), página 6; a C. Chantler, Standardised Packaging of Tobacco: A Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler (abril de 2014) (informe de Chantler) (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61 presentadas al Grupo Especial), párrafo 1.19; y a D. Hammond, Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review, elaborado para el Departamento de Salud de Irlanda (marzo de 2014) (examen de Hammond) (Prueba documental AUS-555 presentada al Grupo Especial), página 35). Véase también *ibid.*, párrafo 7.561.

²⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.562.

²⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 800 y 1010 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.627 y 7.641).

²⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 801.

²⁹⁰ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.543-7.551 (bajo el epígrafe "Objetividad de las publicaciones TPP").

²⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.536 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, anexo E, párrafo 4; a Expert Report of Dr Geoffrey T. Fong (4 de marzo de 2015) (informe de Fong) (Prueba documental AUS-14 presentada al Grupo Especial); a G. Fong, Supplemental Report in Response to Professor Ajzen (8 de septiembre de 2015) (informe suplementario de Fong) (Prueba documental AUS-531 presentada al Grupo Especial); a G. Fong, Supplementary Report in Response to Professors Inman and Kleijnen (27 de octubre de 2015) (segundo informe suplementario de Fong) (Prueba documental AUS-585 presentada al Grupo Especial), párrafo 8; a Expert Report of J. Samet (5 de marzo de 2015) (informe de Samet) (Prueba documental AUS-7 presentada al Grupo Especial); a F. Chaloupka, Expert Report on Australia's Plain Packaging Legislation (7 de marzo de 2015) (Prueba documental AUS-9 presentada al Grupo Especial); a F. Chaloupka, Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure (7 de diciembre de 2015) (Prueba documental AUS-590 presentada al Grupo Especial); y a Expert Report of Dr. Paul Slovic (4 de marzo de 2015) (informe de Slovic) (Prueba documental AUS-12 presentada al Grupo Especial)).

criterios aceptados en sus respectivos ámbitos, ello puede confirmar la solidez de las conclusiones a las que se llega en determinados estudios, en lugar de demostrar la existencia de sesgo de publicación o de los investigadores".²⁹² Al hacerlo, el Grupo Especial citó pruebas específicas en respaldo de su opinión, a saber, varias opiniones de expertos que indicaban que "la constancia de la asociación" y la "coherencia de la asociación" son "especialmente importantes para evaluar las pruebas relacionadas con el empaquetado genérico", y que los estudios de las publicaciones TPP demostraban ambas cosas.²⁹³

6.75. Además, el Grupo Especial examinó varios informes de expertos en los que se examinaba el rigor metodológico de los estudios TPP individuales, en el contexto del análisis del argumento de los reclamantes de que esos estudios no satisfacen las normas aceptadas de rigor metodológico. Entre esos informes de expertos figuraban: i) tres informes de expertos encargados por los reclamantes, a saber, el proyecto de examen por homólogos de Inman *et al.*²⁹⁴, el examen sistemático de Kleijnen²⁹⁵ y el informe de Klick sobre las publicaciones TPP²⁹⁶; y ii) exámenes externos de las publicaciones TPP realizados al margen de las actuaciones del Grupo Especial, incluidos en particular el examen de Stirling²⁹⁷ y el informe Chantler.²⁹⁸ En los exámenes encargados por los reclamantes (apartado i) *supra*) se llegaba a la conclusión de que los estudios TPP no constituyen un fundamento sólido en el que basar las alegaciones sobre los efectos previstos de las medidas TPP en Australia²⁹⁹, mientras que en el examen de Stirling y el informe de Chantler (apartado ii) *supra*) se llegaba a la conclusión de que las publicaciones TPP indican razonablemente que el empaquetado genérico puede contribuir a reducir el daño causado por fumar tabaco.³⁰⁰

6.76. Tras examinar esos informes de expertos, el Grupo Especial, en definitiva, "[o]torg[ó] un peso especial" a las evaluaciones que figuraban en el informe de Chantler.³⁰¹ El Grupo Especial consideró significativo que ese informe hubiera sido encargado al margen del contexto de las presentes diferencias e incluyera un proceso en el que examinadores independientes evaluaron la calidad de estudios individuales contenidos en las publicaciones TPP, así como la calidad del examen sistemático de esas publicaciones realizado en el examen de Stirling.³⁰² En cambio, el Grupo Especial cuestionó las conclusiones formuladas en los exámenes encargados por los reclamantes. Por ejemplo, el Grupo Especial observó que, en el proyecto de examen por homólogos de Inman *et al.*, se llegaba a la conclusión de que las publicaciones sobre el empaquetado genérico "son de una calidad sorprendentemente baja", por lo que los estudios que componen esas publicaciones son "inaceptables para ser publicados en una importante revista de investigación sobre el consumo en su forma actual".³⁰³ Sin embargo, a juicio del Grupo Especial, el hecho de que la mayoría de los trabajos en cuestión hubieran sido publicados en diversas revistas médicas y de salud pública

²⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.550. (no se reproducen las notas de pie de página)

²⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.550 (donde se hace referencia al informe de Samet (Prueba documental AUS-7 presentada al Grupo Especial), párrafos 117, 119, 125 y 128; al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59 presentadas al Grupo Especial), página 90; al informe de Fong (Prueba documental AUS-14 presentada al Grupo Especial), párrafo 71; al segundo informe suplementario de Fong (Prueba documental AUS-585 presentada al Grupo Especial) párrafo 31; y al examen de Hammond (Prueba documental AUS-555 presentada al Grupo Especial), página 31).

²⁹⁴ J. Inman, Plain Packaging Literature Peer Review Project (3 de octubre de 2014) (informe de examen por homólogos de Inman *et al.*) (Prueba documental DOM/HND-3 presentada al Grupo Especial).

²⁹⁵ J. Kleijnen, A. Bryman y M. Bosnjak, Quality of the Empirical Evidence Testing the Impact of Plain Packaging on Tobacco Consumption: A Systematic Review (6 de octubre de 2014) (examen sistemático de Kleijnen) (Prueba documental DOM/HND-4 presentada al Grupo Especial).

²⁹⁶ Report by J. Klick on Plain Packaging Literature and Research Methodology (2 de octubre de 2014) (informe de Klick sobre las publicaciones TPP) (Prueba documental UKR-6 presentada al Grupo Especial).

²⁹⁷ Examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59 presentadas al Grupo Especial); y C. Moodie, K. Angus, M. Stead y L. Bauld, "Plain Tobacco Packaging Research: An Update", Centre for Tobacco Control Research, Institute for Social Marketing, Universidad de Stirling (2013) (examen de Stirling actualizado en 2013) (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60 presentadas al Grupo Especial).

²⁹⁸ Informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61 presentadas al Grupo Especial).

²⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.567, 7.571 y 7.578.

³⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.591 (donde se hace referencia al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59 presentadas al Grupo Especial), página v; examen de Stirling actualizado en 2013 (Pruebas documentales AUS-216, CUB-60 presentadas al Grupo Especial), página 2) y 7.600 (donde se hace referencia al informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61), párrafo 18).

³⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.635. Véase también *ibid.*, nota 2648 al párrafo 7.1028.

³⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.633.

³⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.567 (donde se cita el informe de examen por homólogos de Inman *et al.* (Prueba documental DOM/HND-3 presentada al Grupo Especial), párrafo 69, página 47).

especializadas planteaba "serias dudas" acerca de los criterios y puntos de referencia utilizados por el Profesor Inman.³⁰⁴ El Grupo Especial consideró que podía hacerse una crítica análoga con respecto al examen sistemático de Kleijnen.³⁰⁵ En síntesis, observamos que, aunque el Grupo Especial finalmente otorgó mayor crédito a las opiniones de expertos que respaldaban la tesis de Australia (en particular al informe de Chantler) que a las opiniones de expertos encargadas por los reclamantes, explicó por qué las primeras eran más fiables que las últimas, en lugar de actuar de no ofrecer "ningún razonamiento" a este respecto.

6.77. A la luz de lo que antecede, no estamos de acuerdo con Honduras en que el Grupo Especial incurriera en error por no dar una explicación razonada y adecuada, o por tratar las pruebas de manera parcial, al llegar a la conclusión de que las publicaciones TPP pueden ser consideradas publicaciones procedentes de fuentes respetadas y cualificadas y, por lo tanto, no deben ser descartadas en su totalidad.³⁰⁶ Tampoco consideramos que ninguno de tales supuestos errores sea tan importante que socave la objetividad de la evaluación realizada por el Grupo Especial del asunto sometido a su consideración. A este respecto, destacamos que era a los reclamantes, no al Grupo Especial, a quienes correspondía la carga de aducir pruebas creíbles para demostrar su tesis de que las medidas TPP no pueden contribuir al objetivo de Australia. Por consiguiente, aun suponiendo que las pruebas anteriores a la implementación no tuvieran valor probatorio suficiente como aduce Honduras, ello no significaría necesariamente que el Grupo Especial incurriera en error al llegar a su conclusión intermedia, sobre la base de esas pruebas, de que los *reclamantes no habían demostrado* que las medidas TPP no podrían contribuir al objetivo de Australia.³⁰⁷

6.78. En consecuencia, constatamos que Honduras no ha demostrado que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al apoyarse en las publicaciones TPP como parte de su base probatoria más amplia para evaluar la contribución de las medidas TPP.

6.1.2.3.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no tener en cuenta las pruebas de la República Dominicana

6.79. La República Dominicana alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD por no tener en cuenta las pruebas de la República Dominicana que contradecían directamente las conclusiones intermedias del Grupo Especial de que las medidas TPP podrían afectar a la conducta tabáquica al: i) reducir el atractivo de los productos de tabaco (primer mecanismo de las medidas TPP); y ii) aumentar la eficacia de las ASG (segundo mecanismo de las medidas TPP).³⁰⁸ Sobre esta base, la República Dominicana solicita que revoquemos esas conclusiones intermedias, así como otras constataciones conexas.³⁰⁹

6.80. La República Dominicana pone relieve que la conclusión intermedia del Grupo Especial de que las medidas TPP podrían reducir el atractivo de los productos de tabaco (primer mecanismo) se basaba en su tesis de que el empaquetado del tabaco puede funcionar como medio para transmitir *percepciones positivas* a los consumidores.³¹⁰ Análogamente, la República Dominicana observa que el Grupo Especial se basó en la misma tesis cuando llegó a la conclusión de que las medidas TPP aumentarían la eficacia de las ASG (segundo mecanismo)³¹¹ al "eliminar[], o al menos reducir[]

³⁰⁴ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.569 (donde se hace referencia al informe de examen por homólogos de Inman *et al.* (Prueba documental DOM/HND-3 presentada al Grupo Especial), párrafo 13).

³⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.577. El Grupo Especial señaló "la naturaleza extrema de los resultados del examen sistemático de Kleijnen, en el que se identificaron defectos fatales en cada uno de los 31 trabajos evaluados (la mayoría de los cuales, por lo demás, se había publicado en revistas examinadas por homólogos)". Ello llevó al Grupo Especial a "poner en tela de juicio el criterio por el que los estudios se juzgaron, y si se tuvo en cuenta el contexto específico de las investigaciones en materia de control del tabaco". (*Ibid.*).

³⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.638-7.639.

³⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.929.

³⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 657-658 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034). Observamos que la República Dominicana solo cuestiona las constataciones del Grupo Especial relativas a la contribución prevista de las medidas TPP por medio de los mecanismos primero y segundo, y no por medio del tercer mecanismo (es decir, la reducción de la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores). Véase la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 726.

³⁰⁹ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 8 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.518-7.929, 7.931, 7.1024-7.1034 y 7.1038).

³¹⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 685-694.

³¹¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 695-696.

significativamente, la competencia (tanto en términos de atención como entre objetivos diferentes) entre el mensaje negativo transmitido por la ASG y los elementos de marca del paquete".³¹²

6.81. Sin embargo, a juicio de la República Dominicana, esa tesis fue refutada directamente por varios elementos de prueba que presentó al Grupo Especial³¹³, que supuestamente demostraban que, según las encuestas de la propia Australia, el empaquetado del tabaco transmitía percepciones *negativas*, en lugar de positivas, a los adultos y adolescentes, en el contexto del mercado australiano, antes de la implementación de las medidas TPP.³¹⁴ La República Dominicana considera, por lo tanto, que, al llegar a sus conclusiones intermedias suponiendo que el empaquetado del tabaco puede transmitir percepciones positivas en Australia, el Grupo Especial no tuvo en cuenta pruebas que eran sustanciales para los argumentos de la República Dominicana, porque contradecían directamente las conclusiones del Grupo Especial.³¹⁵ La República Dominicana también considera que el hecho de que el Grupo Especial prescindiera de sus pruebas dio lugar a un razonamiento "incoherente", porque el Grupo Especial no concilió la importancia que atribuía a la capacidad del empaquetado del tabaco de transmitir asociaciones positivas en el contexto australiano con las pruebas empíricas que demostraban que el empaquetado con solo parte de la marca, con grandes ASG, era percibido en realidad *negativamente* en el contexto australiano antes de la implementación de las medidas TPP.³¹⁶

6.82. Australia considera que la alegación de la República Dominicana de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta sus pruebas "constituye un intento apenas disimulado de desacreditar la constatación del Grupo Especial de que el empaquetado del tabaco ha sido utilizado durante décadas por la industria para transmitir percepciones positivas de los productos de tabaco".³¹⁷ A juicio de Australia, las constataciones del Grupo Especial están ampliamente documentadas en el informe del Grupo Especial y debidamente respaldadas por pruebas creíbles de fuentes reconocidas y reputadas.³¹⁸

³¹² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 696 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.860).

³¹³ En su comunicación del apelante, la República Dominicana se refirió a cinco informes de expertos que presentó al Grupo Especial e indicó que constituían las pruebas que contradecían las conclusiones del Grupo Especial. Esos informes de expertos son los siguientes: i) I. Ajzen, Examination of Australia's Reliance on Behavioral Theories to Support its Tobacco Plain Packaging Legislation (31 de mayo de 2015) (informe de Azjen) (Prueba documental DOM/HND/IDN-3 presentada al Grupo Especial) (en particular los párrafos 22, 174-176 y 178); ii) I. Ajzen, The Role of Theory and Empirical Evidence in Evaluating the Effectiveness of Plain Packaging: Response to Australia and its Experts (27 de octubre de 2015) (informe de réplica de Azjen) (Prueba documental DOM/HND/IDN-5) (en particular las secciones 3.2.2 y 3.2.3); iii) I. Ajzen, Response to Questions 146, 202, and 203 by the Panel (8 de diciembre de 2015) (respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial) (Prueba documental DOM/HND/IDN-6 presentada al Grupo Especial) (en particular el párrafo 49); iv) L. Steinberg, Adolescent Decision Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia (3 de julio de 2015) (informe de réplica de Steinberg) (Prueba documental DOM/HND-10 presentada al Grupo Especial) (en particular los párrafos 35 y 37); y v) L. Steinberg, Adolescent Decision Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Second Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia (23 de octubre de 2015) (segundo informe de réplica de Steinberg) (Prueba documental DOM/HND-15 presentada al Grupo Especial) (en particular los párrafos 25, 33 y 39). (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, nota 617 al párrafo 701). La República Dominicana cita también diversas partes de sus comunicaciones escritas al Grupo Especial en las que hizo referencia a esas pruebas, a saber, segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 443-456; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 134 del Grupo Especial, párrafo 134; declaración oral inicial de la República Dominicana en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 50; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 170 del Grupo Especial, párrafos 273-274; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafos 585-601, 633-634, 663-665 y 669; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 200 del Grupo Especial, párrafos 783, 797 y 804-806; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 201 del Grupo Especial, párrafos 878-880; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 898. (*Ibid.*).

³¹⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 703-704, 710, 713, 715, 731, 733 y 745.

³¹⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 701 y 728.

³¹⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 740-746.

³¹⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 513.

³¹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 514-516 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.660, donde a su vez se hace referencia a Departamento de Sanidad y Servicios Sociales de los Estados Unidos, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2012) (Prueba documental AUS-76); a British American Tobacco, Packaging

Por consiguiente, según Australia, el Grupo Especial no había excedido los límites de las facultades discrecionales que le confiere el artículo 11 simplemente por no atribuir a las pruebas de la República Dominicana el peso y la significación que la República Dominicana les atribuye, o por no incluir una referencia expresa a un elemento de prueba específico al llegar a sus constataciones.³¹⁹ Australia tampoco está de acuerdo con la tesis de la República Dominicana de que hay una contradicción interna entre la constatación del Grupo Especial de que el empaquetado de tabaco con marca puede transmitir asociaciones positivas, por un lado, y las pruebas de las percepciones negativas de los productos de tabaco con marca entre muchos australianos antes de la implementación de las medidas TPP, por otro.³²⁰ Australia observa en este contexto que en *White et al.* 2015a (en el que se apoyaban las pruebas de la República Dominicana) se constató que el empaquetado genérico del tabaco "reducía el atractivo de las cajetillas de tabaco para los adolescentes" y también "aumentaba las percepciones negativas de las cajetillas"³²¹, lo que, a juicio de Australia, es compatible con la constatación del Grupo Especial de que, en el contexto australiano, el empaquetado con marca puede ser utilizado para transmitir percepciones positivas a los consumidores.³²²

6.83. Aunque la República Dominicana presenta argumentos bastante extensos con respecto a la cuestión de por qué el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD³²³, esos argumentos dependen de su tesis de que el corpus de pruebas que presentó al Grupo Especial *contradecía directamente* las conclusiones intermedias del Grupo Especial de que las medidas serían adecuadas para contribuir al objetivo de Australia al reducir el atractivo del empaquetado genérico del tabaco (primer mecanismo) y aumentar la eficacia de las ASG (segundo mecanismo). De hecho, la República Dominicana afirma y explica repetidamente lo siguiente: i) que la conclusión del Grupo Especial se apoya en la suposición de que el empaquetado del tabaco puede funcionar como medio para transmitir percepciones *positivas*; y ii) que esa suposición fue refutada por las pruebas de la República Dominicana que supuestamente demostraban que el empaquetado del tabaco transmitía percepciones *negativas* en Australia antes de la implementación de las medidas TPP.³²⁴

6.84. Examinamos las constataciones pertinentes del Grupo Especial, así como la naturaleza y alcance de las pruebas en cuestión, para confirmar si existe en efecto tal contradicción.

6.85. Considerando primero las constataciones del Grupo Especial, observamos que este declaró que una suposición pertinente que subyace al primer mecanismo por el que las medidas TPP están destinadas a contribuir al objetivo de Australia (a saber, reducir el atractivo de los productos de tabaco para los consumidores) es que las características de la marca, cuando figuran en los productos de tabaco o en su empaquetado para la venta al por menor, pueden actuar como publicidad y en consecuencia influir en las percepciones acerca de los productos de tabaco.³²⁵ El Grupo Especial observó que los reclamantes no estaban de acuerdo con esa suposición y alegaban que el empaquetado no es una forma de publicidad y no tiene efectos en la decisión de fumar.³²⁶

6.86. El Grupo Especial examinó las pruebas pertinentes y rechazó la opinión de los reclamantes de que el empaquetado del tabaco no puede actuar como un instrumento de publicidad o promoción, "incluso en el 'mercado oscuro' de Australia"³²⁷, es decir, el mercado en que en el que

Brief (2 de enero de 2001), Nº Bates 325211963-3252121964 (Prueba documental AUS-23); a N. Tavassoli, Report on the World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings Concerning Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation (10 de marzo de 2015) (Informe de Tavassoli) (Prueba documental AUS-10); a Expert Report of Dr Jean Pierre Dubé (9 de marzo de 2015) (Prueba documental AUS-11); al informe de Slovic (Prueba documental AUS-12); y a N. Tavassoli, Rebuttal Report to Arguments Raised in Exhibit DOM/HND-14 (26 de octubre de 2015) (Prueba documental AUS-588), y párrafo 7.663).

³¹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 516.

³²⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 525.

³²¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 526 (donde se cita V. White, T. Williams y M. Wakefield, "Has the Introduction of Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings Changed Adolescents' Perceptions of Cigarette Packs and Brands?", *Tobacco Control*, volumen 24 (2015), ii42 49 (White et al. 2015a) (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial), página ii48).

³²² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 527 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034). Véase también *ibid.*, párrafos 528-531.

³²³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, sección II.E.2.

³²⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 703, 707, 711-713, 715, 718, 724, 726-728, 730, 732, 740 y 743-746.

³²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.647.

³²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.647 y 7.649.

³²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.663. (no se reproduce la nota de pie de página)

el empaquetado del producto es de hecho el único medio para la comunicación de la marca, a causa de las importantes restricciones a la publicidad.³²⁸ En lugar de ello, el Grupo Especial constató que el empaquetado del tabaco "puede ser utilizado[]" y de hecho ... ha sido" utilizado por la industria tabacalera "para generar percepciones positivas de los productos de tabaco".³²⁹ Al formular esas constataciones, el Grupo Especial subrayó que, en varios documentos procedentes de la propia industria tabacalera, se reconoce que "uno de los principales fines del uso de una marca en los productos de tabaco, incluido el empaquetado, es generar determinadas *percepciones positivas* relacionadas con el producto a los ojos del consumidor" y que, para atraer a nuevos consumidores, es importante "hacer que sus productos resulten atractivos para aquellos que tengan más probabilidades de iniciarse en el consumo de tabaco (es decir, los jóvenes), mediante, entre otras cosas, el empaquetado con marcas".³³⁰ El Grupo Especial añadió que esa observación no resulta afectada por la presencia en Australia de ASG ampliadas, que ocupan el 75% de la cara anterior del paquete.³³¹

6.87. Con respecto al segundo mecanismo de las medidas TPP (es decir, aumentar la eficacia de las ASG), el Grupo Especial tomó nota del párrafo 46 de las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT, en el que se afirma que la adopción de medidas de empaquetado sencillo "permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros".³³² A este respecto, el Grupo Especial observó que el mensaje negativo transmitido por las ASG podía ser *contradicho* por las imágenes positivas transmitidas por elementos de marca en el empaquetado del tabaco³³³, de manera que "la supresión de los elementos de marca que puedan ser una causa de que los adolescentes asocien los productos de tabaco con imágenes y recompensas positivas ... eliminaría, o al menos reduciría significativamente, la competencia ... entre el mensaje negativo transmitido por la ASG y los elementos de marca del paquete".³³⁴ El Grupo Especial también afirmó que, "en un contexto normativo en el que el empaquetado del tabaco constituiría la única ocasión de transmitir una percepción positiva del producto a través de las marcas", no es irrazonable prever que la supresión de los elementos de diseño del empaquetado del tabaco "impediría que generaran *señales contradictorias* que socavasen otros mensajes que intentan aumentar el conocimiento de los consumidores sobre el carácter nocivo del consumo de tabaco y que forman parte de la estrategia de control del tabaco de Australia, incluidos los que transmiten las ASG".³³⁵

6.88. El razonamiento del Grupo Especial deja claros dos puntos. En primer lugar, el Grupo Especial constató que los *elementos de marca* del empaquetado del tabaco se pueden utilizar, y de hecho se han utilizado, para comunicar imágenes positivas con el fin de atraer a los consumidores (especialmente a los jóvenes) y afectar a su conducta tabáquica (por ejemplo, iniciación, cese y recaída), incluso en el "mercado oscuro" de Australia y en presencia de grandes ASG. El Grupo

³²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.659.

³²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.663. Véase también *ibid.*, párrafo 7.1032.

³³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.660 y 7.1032. (sin resalte en el original) y 7.1032. Véase también *ibid.*, párrafo 7.732.

³³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.660.

³³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.800 (donde se citan las Directrices para la aplicación del artículo 11 (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco), documento FCTC/COP3(10), extraído de Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, "Decisiones", Tercera reunión, Durban (Sudáfrica), 17-22 de noviembre de 2008, documento FCTC/COP3/DIV/3 (16 de febrero de 2009) (Prueba documental JE-20 presentada al Grupo Especial), anexo, párrafo 46).

³³³ Por ejemplo, el Grupo Especial tomó nota del análisis que hizo el Profesor Tavassoli del concepto de "atención selectiva", que significa que el cerebro humano no es capaz de atender a numerosos elementos que compitan simultáneamente por la atención. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.858 (donde se hace referencia al informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10 presentada al Grupo Especial), párrafos 110-113)). El Grupo Especial tomó nota también del análisis de la teoría de la "competencia entre objetivos", según la cual el empaquetado genérico del tabaco puede aumentar la eficacia de las ASG "permitiendo que estas activen más eficazmente, en momentos críticos, creencias que ya se tienen, es decir, limitando la activación de objetivos competidores que inhiben momentáneamente el objetivo de conservar la salud", sin "exig[ir] que cambien las creencias de los consumidores sobre los beneficios de no fumar para la salud". (*Ibid.*, párrafo 7.858 (donde se cita el informe de Tavassoli (Prueba documental AUS-10 presentada al Grupo Especial), párrafo 117)).

³³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.860.

³³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034. (sin resalte en el original; no se reproduce el resalte del original) Véase también *ibid.*, párrafo 7.860 (donde se afirma que, en presencia del empaquetado genérico del tabaco, "el *único* mensaje comunicado por el empaquetado es la ASG" y "no se transmite ninguna asociación con recompensas" (con resalte en el original)).

Especial consideró, por lo tanto, que suprimir los elementos de marca del empaquetado del tabaco sería adecuado para reducir el atractivo relativo del empaquetado del tabaco (primer mecanismo). En segundo lugar, el Grupo Especial constató que, al estar presentes tanto elementos de marca como las ASG, el empaquetado del tabaco portaría dos señales *contradictorias*, a saber, las imágenes positivas transmitidas por los elementos de marca y el mensaje negativo transmitido por las ASG. Por consiguiente, suprimir los elementos de marca del empaquetado del tabaco permitiría que las ASG comunicaran el mensaje sobre los riesgos para la salud más eficazmente, sin verse perturbadas por las percepciones positivas generadas por los elementos de marca (segundo mecanismo).

6.89. Al llegar a esas determinaciones, el Grupo Especial no examinó si el empaquetado del tabaco *en su conjunto* -que comprende tanto los elementos de marca como las ASG- sería percibido, globalmente, de manera positiva o negativa por una persona corriente, ni formuló ninguna constatación al respecto. En lugar de ello, las constataciones del Grupo Especial guardan relación únicamente con la cuestión de si la *parte* del empaquetado del tabaco no cubierta por las advertencias sanitarias podría ser explotada para comunicar imágenes positivas a los consumidores, de manera que aumentara el atractivo relativo del empaquetado del tabaco y se mitigara o socavara el mensaje negativo transmitido por las ASG.

6.90. Pasando a las pruebas de la República Dominicana para determinar si estas contradecían directamente las constataciones del Grupo Especial en cuestión, observamos que, en su comunicación del apelante, la República Dominicana señala cinco informes elaborados para los reclamantes (incluida la República Dominicana) por dos expertos, a saber, el Profesor Ajzen y el Profesor Steinberg.³³⁶ En esos informes de expertos, ambos profesores observan que el empaquetado del tabaco era percibido *negativamente* tanto por los adolescentes³³⁷ como por los adultos³³⁸ en el mercado australiano, antes de la implementación de las medidas TPP. Como destaca la República Dominicana, esas observaciones están basadas en datos de encuestas de Australia, a saber, los resultados de la encuesta sobre el alcohol, el tabaco y las drogas en los estudiantes de secundaria de Australia (ASSAD), de la que se da cuenta en White *et al.* 2015a (para los adolescentes)³³⁹, y los resultados de la Encuesta nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico de los productos de tabaco (NTPPTS) (para los adultos).³⁴⁰

6.91. Hay una limitación importante del alcance de las pruebas a las que hace referencia la República Dominicana: las observaciones presentadas por el Profesor Ajzen y el Profesor Steinberg en sus respectivos informes de experto conciernen al empaquetado del tabaco *en su conjunto*, abarcando *tanto* los elementos de marca *como* las ASG, en contraposición a *únicamente* los elementos de marca. De hecho, en la encuesta ASSAD³⁴¹, en la que se apoyaron el Profesor Ajzen y el Profesor Steinberg, se pidió a los encuestados que puntuaran el atractivo de las cajetillas de

³³⁶ Esos informes de expertos son los siguientes: i) el informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3 presentada al Grupo Especial) (en particular los párrafos 22, 174-176 y 178); ii) el informe de réplica de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-5) (en particular las secciones 3.2.2 y 3.2.3); iii) la respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6 presentada al Grupo Especial) (en particular el párrafo 49); iv) el informe de réplica de Steinberg³³⁶ (Prueba documental DOM/HND-10 presentada al Grupo Especial) (en particular los párrafos 35 y 37); y v) el segundo informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-15 presentada al Grupo Especial) (en particular los párrafos 26, 33 y 39). (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, nota 617 al párrafo 701)

³³⁷ Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3 presentada al Grupo Especial), párrafos 22, 174 y 177; y el segundo informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-15 presentada al Grupo Especial), párrafo 26.

³³⁸ Véase, por ejemplo, la respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6 presentada al Grupo Especial), párrafo 49.

³³⁹ Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3 presentada al Grupo Especial), párrafos 22 y 174 (donde se hace referencia a White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial)); y el segundo informe de réplica de Steinberg (Prueba documental DOM/HND-15 presentada al Grupo Especial), párrafo 26 (donde se hace referencia a White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial)).

³⁴⁰ Respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6 presentada al Grupo Especial), párrafo 49 (donde se hace referencia a datos de la NTPPTS). Véase también la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 676.

³⁴¹ Los datos de esta encuesta guardan relación con las percepciones que tienen los adolescentes de las cajetillas de cigarrillos y del atractivo de la marca, antes y después de la implementación de las medidas TPP y las ASG ampliadas (es decir, en 2011 y 2013). (White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial), página ii43).

cigarrillos reales que habían visto en los seis meses anteriores, así como el de imágenes fotográficas de cuatro marcas de cigarrillos australianas.³⁴² Tanto las cajetillas como las imágenes contenían las ASG obligatorias en ese momento.³⁴³ Por consiguiente, cuando el Profesor Ajzen y el Profesor Steinberg afirman que el empaquetado genérico del tabaco era percibido negativamente por los adolescentes según los resultados de la encuesta ASSAD, están analizando si la percepción *global* del empaquetado del tabaco en su conjunto, incluidos tanto los elementos de marca como las ASG, era positiva o negativa. La misma observación es válida también para la NTPPTS, sobre la base de la cual el Profesor Ajzen observó que el empaquetado del tabaco era percibido negativamente por los adultos antes de implementación de las medidas TPP.³⁴⁴

6.92. A la luz de estas observaciones, no estamos de acuerdo con la República Dominicana en que haya una contradicción directa entre la constatación del Grupo Especial de que el empaquetado del tabaco se puede utilizar, y de hecho se ha utilizado, para transmitir percepciones positivas, por un lado, y la tesis de las pruebas de la República Dominicana de que el empaquetado del tabaco era percibido negativamente antes de la implementación de las medidas TPP, por otro. Ello se debe a que, mientras que la constatación del Grupo Especial se refería a la cuestión de si los *elementos de marca* del empaquetado del tabaco pueden generar imágenes positivas, las pruebas de la República Dominicana concernían a la percepción *global* del empaquetado del tabaco, que abarca tanto las percepciones positivas transmitidas por los elementos de marca como el mensaje negativo transmitido por las ASG. No consideramos que decir que los elementos de marca de las cajetillas de tabaco pueden crear imágenes positivas signifique necesariamente que esas imágenes positivas no puedan, en una consideración global, tener un peso inferior al de la percepción negativa transmitida por las ASG, de manera que la puntuación global media del atractivo de las cajetillas de tabaco siga siendo negativa.

6.93. Tampoco vemos nada problemático en la afirmación del Grupo Especial de que la supresión de los elementos de marca por las medidas TPP reduciría el atractivo del empaquetado del tabaco o los productos de tabaco, aunque la puntuación global del atractivo de las cajetillas de tabaco no fuera positiva antes de la implementación de las medidas TPP. De hecho, nosotros interpretaríamos que esa afirmación significa simplemente que las cajetillas de tabaco que no eran atractivas (o tenían un atractivo negativo) antes de la implementación de las medidas TPP se habrían vuelto aún menos atractivas (o habría aumentado su atractivo negativo) a causa de las medidas TPP. En realidad, eso es exactamente lo que el propio experto de la República Dominicana, el Profesor Ajzen, observó cuando afirmó que "no hubo nunca ninguna razón para dudar que las cajetillas genéricas, con ASG más grandes, serían *menos atractivas visualmente* que las comercializadas anteriormente con marca y con ASG más pequeñas".³⁴⁵ Este experto confirmó esa tesis empíricamente y explicó que las medidas TPP y las ASG ampliadas han dado lugar a grados de "disminuciones del atractivo" de las cajetillas de tabaco que son "estadísticamente significativos" en el caso de los adolescentes³⁴⁶ y aún mayores para los fumadores adultos.³⁴⁷

³⁴² White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial), páginas ii43-ii44.

³⁴³ En relación con la percepción de las cajetillas de cigarrillos, recordamos que las ASG eran obligatorias para casi todos los productos de tabaco en Australia desde el 1º de marzo de 2006. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.534). En relación con la percepción del atractivo de la marca, White *et al.* 2015a afirma explícitamente que las imágenes fotográficas mostradas a los encuestados contenían las ASG obligatorias en ese momento. (White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial), página ii43).

³⁴⁴ La encuesta NTPPTS evaluaba, entre otras cosas, la medida en que a los encuestados les gustaba el aspecto de las cajetillas de tabaco, así como las percepciones relativas que tenían los fumadores del atractivo del empaquetado de los cigarrillos o el tabaco que consumían en ese momento, antes y después de la implementación de las medidas TPP. (M. Wakefield, K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, M. Brennan y M. Scollo, "Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings One Year After Implementation: Results from a National Cross-Sectional Tracking Survey", *Tobacco Control*, volumen 24 (2015), ii17-ii25 (Wakefield *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306 presentadas al Grupo Especial), página ii18).

³⁴⁵ Respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6 presentada al Grupo Especial), párrafo 44. (sin resalte en el original) Véase también el informe de réplica de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-5 presentada al Grupo Especial), párrafo 175.

³⁴⁶ Informe de Ajzen (Prueba documental DOM/HND/IDN-3 presentada al Grupo Especial), párrafo 176.

³⁴⁷ Respuesta de Ajzen a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial (Prueba documental DOM/HND/IDN-6 presentada al Grupo Especial), párrafos 48-49. Véase también el informe de Ajzen (Prueba

6.94. Por estas razones, no estamos de acuerdo con la premisa que subyace a la alegación formulada por la República Dominicana en apelación de que el corpus de pruebas que identifica en los presentes procedimientos de apelación contradecía directamente la constatación del Grupo Especial de que los elementos de marca del empaquetado del tabaco pueden transmitir percepciones positivas a los consumidores, por lo que su supresión sería adecuada para reducir el atractivo del empaquetado (primer mecanismo) y aumentar la eficacia de las ASG (segundo mecanismo). Por el contrario, un examen cuidadoso de las constataciones del Grupo Especial, así como de la naturaleza y alcance de las pruebas de la República Dominicana, pone de manifiesto que la alegación de la República Dominicana no refleja una comprensión correcta del razonamiento del Grupo Especial ni de sus propias pruebas.

6.95. Por consiguiente, constatamos que la República Dominicana no ha demostrado que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no tener en cuenta las pruebas que contradecían su conclusión, o al presentar un razonamiento incoherente cuando no abordó las pruebas relativas a la cuestión que el propio Grupo Especial había reconocido que era crucial para su análisis.

6.1.2.3.2.5 Conclusión

6.96. Hemos constatado que Honduras no ha demostrado que el Grupo Especial no diera una explicación razonada y adecuada, ni que tratara las pruebas de manera parcial, al llegar a la conclusión de que las publicaciones TPP pueden ser consideradas publicaciones procedentes de fuentes respetadas y cualificadas y, por lo tanto, no deben ser descartadas en su totalidad.

6.97. También hemos constatado que la República Dominicana no ha demostrado que el Grupo Especial no tuviera en cuenta las pruebas de la República Dominicana ni que no presentara un razonamiento coherente. En particular, hemos rechazado la premisa básica que subyace a la alegación de la República Dominicana, según la cual las pruebas en cuestión contradecían directamente las conclusiones intermedias de que las medidas TPP serían adecuadas para reducir el atractivo de los productos de tabaco (primer mecanismo) y para aumentar la eficacia de las ASG (segundo mecanismo).

6.98. En consecuencia, confirmamos la conclusión intermedia del Grupo Especial sobre las pruebas relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no puedan contribuir al objetivo de Australia por medio de los tres mecanismos por los que las medidas están destinadas a funcionar (es decir, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores), y de que, por el contrario, esas pruebas son compatibles con la tesis de que las medidas TPP pueden afectar a la conducta tabáquica por medio de esos tres mecanismos.³⁴⁸

6.1.2.3.3 La evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la aplicación de las medidas TPP

6.99. Recordamos que el Grupo Especial realizó su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia en varias etapas distintas. Primero, el Grupo Especial examinó las pruebas relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas.³⁴⁹ Seguidamente, el

documental DOM/HND/IDN-3 presentada al Grupo Especial), gráfico 6, párrafo 175 (basado en White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186, DOM-235 presentadas al Grupo Especial)).

Observamos también que, en el contexto de la evaluación de la repercusión real de las medidas TPP en los resultados proximales, el Grupo Especial afirmó que las pruebas empíricas disponibles relativas a la aplicación de las medidas TPP desde su entrada en vigor a las que se hace referencia en Ajzen *et al.* "confirman ... más que desacreditan, el 'sentido hipotetizado', es decir, la hipótesis reflejada en los trabajos sobre empaquetado genérico del tabaco de que el empaquetado genérico reduciría el atractivo de los productos de tabaco". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.954 (donde se hace referencia a I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List y A. Shaikh, Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australian Plain Packaging Legislation: Evidence from the National Plain Packaging Tracking Survey (NPPTS) and Other Datasets (15 de septiembre de 2015) (informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos) (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 90-91 (sin resalte en el original)).

³⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.929, 7.931 y 7.1034.

³⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.518-7.931.

Grupo Especial examinó la repercusión de las medidas TPP sobre la base de su aplicación.³⁵⁰ Estas pruebas se referían en esencia los efectos reales de las medidas TPP en Australia en los aproximadamente tres años transcurridos desde la implementación de las medidas TPP hasta el establecimiento del Grupo Especial.³⁵¹ A este respecto, el Grupo Especial examinó las pruebas de las partes que pretendían demostrar los efectos reales de las medidas TPP en los denominados resultados "proximales" (apéndice A del informe del Grupo Especial) y en los resultados "distales" (apéndice B del informe del Grupo Especial). El Grupo Especial también examinó pruebas relativas a los efectos de las medidas TPP en las "conductas tabáquicas" en Australia. La evaluación de la repercusión de las medidas TPP sobre la conducta tabáquica realizada por el Grupo Especial se basó en datos y análisis presentados por las partes acerca de la *prevalencia de tabaquismo* (apéndice C del informe del Grupo Especial) y el *consumo* de productos de tabaco (apéndice D del informe del Grupo Especial). A continuación, el Grupo Especial evaluó los argumentos y las pruebas presentados por las partes acerca de la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito.³⁵² Por último, el Grupo Especial extrajo una conclusión general sobre el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.³⁵³

6.100. El Grupo Especial consideró que las constataciones que había formulado en los apéndices A-D, relativas a las pruebas posteriores a la implementación de los efectos reales de las medidas TPP, eran pertinentes para su determinación del grado de contribución de dichas medidas.³⁵⁴ El Grupo Especial afirmó que las pruebas de la repercusión de las medidas TPP sobre los resultados proximales y distales eran "compatibles con la opinión de que, junto con las ASG ampliadas, [las] medidas [TPP] han dado lugar en particular a una reducción del atractivo de los productos de tabaco, como se hipotetizó en las publicaciones sobre empaquetado genérico del tabaco, y a una mayor visibilidad de las ASG".³⁵⁵ Con respecto a la prevalencia de tabaquismo y al consumo, el Grupo Especial formuló las consideraciones siguientes:

El hecho de que las tendencias a la baja preexistentes de la prevalencia de fumadores y las ventas y el consumo globales de productos de tabaco no solo continuasen, sino que se acelerasen desde la implementación de las medidas TPP, y de que las medidas TPP y las ASG ampliadas tuviesen una repercusión negativa y estadísticamente significativa en la prevalencia del consumo de tabaco y las ventas de cigarrillos al por mayor, también es coherente con la hipótesis de que las medidas han tenido una repercusión en las conductas tabáquicas reales, pese al hecho de que cabría esperar que algunos de los resultados conductuales pretendidos se pongan de manifiesto tras un período más prolongado.³⁵⁶

6.101. En general, el Grupo Especial consideró que las pruebas sobre la conducta tabáquica real en Australia desde la entrada en vigor de las medidas TPP eran "compatibles con una constatación de que las medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco, en tanto en cuanto indican que, junto con las ASG ampliadas introducidas al mismo tiempo, el empaquetado genérico ha dado lugar a una reducción de la prevalencia de fumadores y del consumo de productos de tabaco".³⁵⁷ El Grupo Especial constató que estas pruebas, consideradas conjuntamente con las pruebas sobre el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP, apoyaban la opinión de que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".³⁵⁸

6.102. Los apelantes aducen que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su determinación de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. Gran parte de los argumentos de los apelantes en apoyo de esta alegación se refieren a la evaluación que hizo el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación, relativas a los efectos reales

³⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.932-7.986 y apéndices A-E.

³⁵¹ Las pruebas abarcaban el período transcurrido desde la entrada en vigor de las medidas en diciembre de 2012 hasta septiembre de 2015, "con algunas variaciones respecto del período exacto abarcado, en función de los datos utilizados". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.933).

³⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.987-7.1023.

³⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1024-7.1045.

³⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.984.

³⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.985.

³⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.986.

³⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1037.

³⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043.

de las medidas TPP durante los tres años transcurridos desde la implementación hasta el establecimiento del Grupo Especial.³⁵⁹ En nuestra opinión, hay una serie de alegaciones y argumentos de los apelantes que comparten temas comunes, de modo que resulta adecuado y suficiente que abordemos estos argumentos temáticamente. Al mismo tiempo, otros argumentos no se refieren a estos temas comunes o bien presentan suficientes matices como para que sea necesario que analicemos estas cuestiones con cierto nivel de detalle. Por consiguiente, procedemos a realizar nuestro análisis abordando, sucesivamente: i) una serie de alegaciones separadas formuladas por los apelantes; y ii) determinadas alegaciones y argumentos agrupados por temas transversales.

6.1.2.3.3.1 Alegaciones separadas relativas al análisis de los efectos reales de las medidas TPP realizado por el Grupo Especial

6.103. En esta sección, abordamos una serie de alegaciones y argumentos planteados por los apelantes con respecto a los efectos reales que tuvieron las medidas TPP desde la implementación. Para comenzar, señalamos que, salvo los argumentos de las partes relativos a determinadas preocupaciones de debido proceso subyacentes a la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación, los argumentos y las alegaciones abordadas en la presente sección se refieren principalmente al análisis que hizo el Grupo Especial de la repercusión de las medidas TPP en la conducta tabáquica, que figura en los apéndices C y D del informe del Grupo Especial.

6.104. A tal fin, recordamos que el análisis que realizó el Grupo Especial de las pruebas presentadas por las partes relativas a la contribución de las medidas TPP a reducir la *prevalencia de tabaquismo* se expone en el apéndice C del informe del Grupo Especial.³⁶⁰ El Grupo Especial realizó este análisis en tres etapas, en las que evaluó las siguientes cuestiones: 1) si disminuyó o no la prevalencia de tabaquismo después de la implementación de las medidas TPP; 2) si la reducción de la prevalencia de tabaquismo se *aceleró* o no después de la implementación de las medidas TPP; y 3) si las medidas TPP tuvieron o no que ver con la reducción de la prevalencia de tabaquismo. El Grupo Especial concluyó que i) "[h]ay pruebas de que la prevalencia general del consumo de tabaco en Australia siguió disminuyendo después de la introducción de las medidas TPP"; ii) "[l]a tendencia a la baja de la prevalencia general del consumo de tabaco en Australia parece haberse acelerado en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco"; y iii) pese a que no es posible distinguir entre la repercusión del empaquetado genérico del tabaco y la repercusión de las ASG ampliadas sobre la base de las pruebas empíricas presentadas, "algunas pruebas econométricas indican que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a la reducción de la prevalencia general del consumo de tabaco", incluida la prevalencia del consumo de cigarrillos, desde su entrada en vigor.³⁶¹

6.105. En el apéndice D de su informe, el Grupo Especial evaluó las pruebas de las partes relativas a la contribución de las medidas TPP a reducir el *consumo* de productos de tabaco.³⁶² El Grupo Especial distinguió en su análisis las pruebas relativas a los cigarrillos y las pruebas relativas a los cigarrillos.³⁶³ Con respecto a los cigarrillos, de modo similar a su análisis de la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial procedió en tres etapas y evaluó sucesivamente las siguientes cuestiones: 1) si el consumo de cigarrillos se había reducido (medido en función de los volúmenes de ventas de cigarrillos) después de la implementación de las medidas TPP; 2) si la reducción del consumo de cigarrillos se había acelerado después de la implementación de las medidas TPP; y 3) si las medidas TPP contribuyeron a la reducción del consumo de cigarrillos. A continuación, el Grupo Especial evaluó separadamente las pruebas y los argumentos de las partes acerca de la repercusión de las medidas TPP en el consumo de cigarrillos. El Grupo Especial concluyó que: i) "[a]lgunas pruebas indican que las ventas de cigarrillos en Australia siguieron disminuyendo después de la introducción de las medidas TPP"; ii) "[l]a tendencia a la baja de las ventas de cigarrillos en Australia parece

³⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 695-794 y 848-1086; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 104-651 y 826-1151.

³⁶⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 1.

³⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.972; e *ibid.*, apéndice C, párrafo 123.

³⁶² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 1.

³⁶³ El Grupo Especial señaló que, al principio, tres de los reclamantes habían aducido que las medidas TPP "habían 'resultado contraproducentes' porque aumentaron las ventas de tabaco"; sin embargo, este argumento no se "desarrolló más adelante en los procedimientos". (Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 4) (no se reproduce la nota de pie de página) El Grupo Especial también señaló que los datos relativos al consumo de cigarrillos se referían principalmente a los volúmenes de ventas de cigarrillos, aunque en algunos estudios se analizaba el consumo notificado de cigarrillos. (*Ibid.*, párrafo 2).

haberse acelerado en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco"; iii) "[p]ese a que no es posible distinguir entre la repercusión del empaquetado genérico del tabaco y la de las ASG ampliadas, algunas pruebas econométricas indican que las medidas, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a la reducción de las ventas de cigarrillos al por mayor y, por consiguiente, del consumo de cigarrillos, después de su entrada en vigor"; y iv) "[l]as pruebas ... sobre la evolución del consumo de cigarrillos en el período posterior al empaquetado genérico del tabaco son más limitadas" y no permitían al Grupo Especial "extraer conclusiones claras sobre el efecto de las medidas TPP en el consumo de cigarrillos en Australia".³⁶⁴

6.106. Teniendo presentes estos antecedentes, pasamos a abordar, como *alegaciones separadas*, los argumentos planteados por los apelantes relativos a: i) la etapa 1 del análisis de la prevalencia de tabaquismo realizado por el Grupo Especial; ii) la etapa 2 del análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial; iii) la etapa 3 de los análisis de la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos realizados por el Grupo Especial; iv) determinadas preocupaciones de debido proceso subyacentes al análisis de los efectos reales de las medidas TPP realizado por el Grupo Especial; y v) las consecuencias de cualesquiera errores cometidos por el Grupo Especial.

6.107. Antes de pasar a abordar estas cuestiones, señalamos brevemente, en aras de la claridad, que muchos de los argumentos de las partes abordados *infra* se refieren a las pruebas aportadas por expertos en nombre de determinadas partes. Estos expertos fueron, entre otros: por la República Dominicana, el Institute for Policy Evaluation (IPE) y el Profesor List; por Honduras, el Profesor Klick; y, por Australia, la Dra. Chipty.

Etapa 1 del análisis de la prevalencia de tabaquismo realizado por el Grupo Especial

6.108. En la etapa 1 de su análisis de si las medidas TPP redujeron la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial evaluó las pruebas de las partes relativas a si la prevalencia de tabaquismo disminuyó después de la implementación de las medidas TPP.³⁶⁵ El examen que hizo el Grupo Especial de los conjuntos de datos reveló que "la prevalencia de tabaquismo fluctúa".³⁶⁶ El Grupo Especial también observó que "la presencia de muestras pequeñas ... puede dificultar particularmente la interpretación de las tendencias".³⁶⁷ El Grupo Especial constató, no obstante, que "casi todos los conjuntos de datos ..., incluidos los de la [Roy Morgan Single Source] RMSS, el conjunto de datos de la OCDE sobre factores determinantes no médicos y la [Encuesta Nacional de Salud] NHS, revelan disminuciones de la prevalencia de tabaquismo a nivel nacional en el período posterior a la introducción de las medidas TPP".³⁶⁸ El Grupo Especial concluyó que "[h]ay datos de investigación de que la prevalencia general de tabaquismo en Australia siguió disminuyendo después de la introducción de las medidas TPP".³⁶⁹

6.109. La República Dominicana aduce que en la etapa 1 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial "definió la tasa de disminución como 'una *tendencia a la baja* de la prevalencia de tabaquismo que se ha *acelerado desde julio de 2006*'".³⁷⁰ Según la República Dominicana, en las etapas segunda y tercera de su análisis de la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial no tuvo en cuenta la constatación que había formulado en la primera etapa de que la tasa de disminución del tabaquismo se había acelerado desde julio de 2006.³⁷¹ La República Dominicana aduce que, a falta de una explicación por parte del Grupo Especial sobre esta cuestión,

³⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.979; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 137.

³⁶⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, sección 1.

³⁶⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 40. Asimismo, el Grupo Especial señaló "la utilidad de apoyarse en los datos más recientes ... y equivalentes para analizar las tendencias de la prevalencia de tabaquismo", y que esto cobraba una "importancia especial" porque los conjuntos de datos aportados por las partes no siempre abarcaban el mismo período. (*Ibid.*, párrafo 39). El Grupo Especial subrayó además la importancia de distinguir entre la prevalencia de tabaquismo y la incidencia de tabaquismo (la prevalencia de tabaquismo mide la proporción de fumadores en la población; la incidencia de tabaquismo cuantifica la proporción de fumadores en una población de fumadores y exfumadores recientes). (*Ibid.*).

³⁶⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 40.

³⁶⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 40. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁶⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 123.a.

³⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 187 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 8). (el resalte es de la República Dominicana)

³⁷¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 181-184 y 188. La República Dominicana explica que "en las etapas 2 y 3 de su análisis, sin aviso o explicación alguna, el Grupo Especial no aplicó la tasa de disminución que había definido en la etapa 1". (*Ibid.*, párrafo 188).

su razonamiento es "internamente incoherente" y es incompatible con el deber que impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto.³⁷²

6.110. Australia afirma que el elemento central de los argumentos de la República Dominicana -a "tasa de disminución preexistente"- era solo pertinente para las etapas segunda y tercera del análisis del Grupo Especial.³⁷³ Australia afirma que el Grupo Especial no identificó una tasa de disminución preexistente en la etapa 1 porque en dicha etapa simplemente se examinó si la prevalencia de tabaquismo había disminuido después de la implementación de las medidas TPP, de modo que no era necesario identificar una tasa de disminución de referencia.³⁷⁴ Australia subraya que el Grupo Especial no hizo referencia a ninguna tasa de disminución de referencia en la etapa 1 de su análisis y que el Grupo Especial dejó claro que las constataciones que había formulado en dicha etapa "no informaban la cuestión de la *aceleración*, es decir, la cuestión que realmente *exigía* una 'tasa de disminución de referencia'".³⁷⁵ Australia considera que la República Dominicana interpreta erróneamente las constataciones del Grupo Especial al superponer una línea de tendencia verde en la figura C.1 de las constataciones del Grupo Especial que no existe en la figura C.1 real elaborada por el Grupo Especial que aparece en su informe.³⁷⁶ Dado que el Grupo Especial no formuló semejante constatación en la etapa 1 de su análisis, Australia afirma que no hay incoherencia en las constataciones del Grupo Especial.³⁷⁷

6.111. Recordamos que la cuestión específica que el Grupo Especial abordó en la etapa 1 del apéndice C era si, *después* de la implementación de las medidas TPP, la prevalencia de tabaquismo se había reducido. A fin de evaluar esta sencilla cuestión de si la prevalencia de tabaquismo se había *reducido*, el Grupo Especial solo tenía que comparar la prevalencia de tabaquismo después de la implementación de las medidas TPP con la prevalencia de tabaquismo que existía en el momento de la implementación de dichas medidas. Por lo tanto, en la etapa 1 de su análisis sobre la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial no tenía que formular constataciones sobre la tasa de disminución de la prevalencia de tabaquismo anterior a la implementación de las medidas TPP.³⁷⁸

6.112. Además, señalamos que la afirmación de la República Dominicana de que el Grupo Especial constató que la prevalencia de tabaquismo se había reducido desde julio de 2006 se basa exclusivamente en la declaración del Grupo Especial en el párrafo 8 del apéndice C de que "los datos de la RMSS revelan una tendencia a la baja de la prevalencia de tabaquismo que se ha acelerado desde julio de 2006".³⁷⁹ El párrafo 8 del apéndice C aparece en una subsección de la etapa 1 del análisis del Grupo Especial titulada "Conjuntos de datos y estudios conexos".³⁸⁰ Esta subsección parece equivalente a otras subsecciones tituladas "Conjuntos de datos y estudios conexos", que figuran en otras secciones del apéndice C. Todas estas subsecciones relativas a los "conjuntos de datos" preceden a subsecciones tituladas "Análisis realizado por el Grupo Especial". Esta estructura es similar a la estructura de los demás apéndices, que también incluyen subsecciones distintas de "Conjuntos de datos y estudios conexos" que preceden a subsecciones de "Análisis realizado por el Grupo Especial".

6.113. Según nuestro examen de los apéndices, parece que todas las subsecciones relativas a los "conjuntos de datos" describen las pruebas y los argumentos que las partes presentaron al Grupo Especial y no parecen contener razonamientos o constataciones independientes del propio Grupo Especial. Esto es cierto para *todas* las etapas del análisis del Grupo Especial que figura en el

³⁷² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 185-186 y 191.

³⁷³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 677.

³⁷⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 682.

³⁷⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 682. (con resalte en el original)

³⁷⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 683.

³⁷⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 678 y 703.

³⁷⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 41-42. La cuestión de cuál había sido la prevalencia de tabaquismo antes de la implementación de las medidas TPP no se planteó hasta la segunda etapa del análisis del Grupo Especial. Ello obedece a que, en la segunda etapa del análisis, el Grupo Especial evaluó si la reducción de la prevalencia de tabaquismo se había acelerado después de la implementación de las medidas TPP. En otras palabras, en la etapa 1 se evaluó en términos absolutos si la prevalencia de tabaquismo se había reducido *en grado alguno* después de la implementación de las medidas TPP, mientras que en la etapa 2 se evaluó si en términos relativos la prevalencia de tabaquismo se había reducido más después de la implementación de las medidas TPP de lo que había estado disminuyendo antes de la implementación de las medidas TPP.

³⁷⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 8.

³⁸⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, sección 1.1.

apéndice C.³⁸¹ Señalamos también que la misma subsección en la que el Grupo Especial supuestamente constató un quiebre en la línea de la tendencia *también* contiene una "constatación" de que "los ocho últimos informes [de la Encuesta por hogares del Plan Nacional contra la Droga (NDSHS)] indican ... que la prevalencia de tabaquismo ... ha disminuido siguiendo una tendencia más o menos lineal desde 1993", y en la frase siguiente se indica que "[l]a ronda más reciente de la NDHS revela que las tasas de tabaquismo ... ha[n] evolucionado siguiendo esta tendencia sin 'quiebres', 'desvíos' ni 'rizos' de la línea de la tendencia que pudieran atribuirse a las medidas [TPP]".³⁸²

6.114. No vemos ninguna razón para presuponer que el Grupo Especial formuló constataciones fácticas directamente contradictorias entre sí en cinco párrafos, cuando una lectura simple del informe del Grupo Especial indica que estas denominadas constataciones simplemente contienen descripciones de lo que pretendían mostrar las pruebas y no equivalen a constataciones fácticas positivas del propio Grupo Especial. En nuestra opinión, la subsección "Conjuntos de datos y estudios conexos" en la que el Grupo Especial afirmó que "los datos de la RMSS revelan una tendencia a la baja de la prevalencia de tabaquismo que se ha acelerado desde julio de 2006" constituye, según se desprende de su propio texto, un resumen de las pruebas aportadas por las partes. En consecuencia, esta denominada "constatación" del Grupo Especial no es una constatación fáctica positiva basada en su evaluación de las pruebas, sino simplemente una descripción de lo que las pruebas pretenden representar.

6.115. En nuestra opinión, la evaluación que hizo el Grupo Especial de las pruebas y las constataciones fácticas que formuló sobre la base de esas pruebas, que son pertinentes para la etapa 1 de su análisis, figuran en su totalidad en la subsección siguiente, titulada "Análisis realizado por el Grupo Especial".³⁸³ En esa subsección "Análisis realizado por el Grupo Especial", el Grupo Especial *evaluó* las pruebas que había *descrito* en la subsección anterior y concluyó que "a pesar de las estimaciones diferentes y las fluctuaciones de la prevalencia de tabaquismo, casi todos los conjuntos de datos ..., incluidos los de la RMSS, el conjunto de datos de la OCDE y la NHS, revelan disminuciones de la prevalencia de tabaquismo a nivel nacional en el período posterior a la introducción de las medidas TPP".³⁸⁴ El hecho de que el Grupo Especial se basara en todos estos conjuntos de datos confirma que el Grupo Especial *no* formuló una constatación fáctica positiva de que la "tendencia a la baja de la prevalencia de tabaquismo ... se ha acelerado desde julio de 2006".³⁸⁵

6.116. Por consiguiente, no vemos ninguna incoherencia entre las constataciones realmente formuladas por el Grupo Especial en la etapa 1 y las formuladas en el resto de su análisis en el apéndice C.³⁸⁶

³⁸¹ De hecho, en todas las secciones del apéndice C, el Grupo Especial describe claramente las pruebas aportadas por las partes en la subsección "Conjuntos de datos y estudios conexos" y después pasa a analizar y formular conclusiones relativas al valor probatorio de esas pruebas en la subsección siguiente "Análisis realizado por el Grupo Especial". Por ejemplo, en la subsección "Conjuntos de datos y estudios conexos" de la sección 3, el Grupo Especial afirma que "[e]n general, el IPE concluye que las medidas TPP no tuvieron un efecto estadísticamente significativo sobre la prevalencia general de tabaquismo ni la prevalencia del hábito de fumar puros". (Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 64). (no se reproduce la nota de pie de página) Según el razonamiento de la República Dominicana, parecería que esto es una constatación positiva del Grupo Especial de que "las medidas TPP no tuvieron un efecto estadísticamente significativo sobre la prevalencia ... de tabaquismo". (*Ibid.*). No obstante, en su siguiente subsección de "Análisis realizado por el Grupo Especial", el Grupo Especial afirmó que "no esta[ba] convencido[]" de que estos resultados econométricos puedan tomarse tal cual están". (*Ibid.*, párrafo 103). Esto parecería confirmar que las denominadas "constataciones" que figuran en las subsecciones "Conjuntos de datos y estudios conexos" no son constataciones positivas del Grupo Especial, sino descripciones de los argumentos y las pruebas presentados por las partes.

³⁸² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 13.

³⁸³ Las subsecciones equivalentes de las demás secciones del apéndice C también se titulan "Análisis realizado por el Grupo Especial".

³⁸⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 40.

³⁸⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 8.

³⁸⁶ Señalamos que algunos aspectos de la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana podrían leerse en el sentido de que indican que las constataciones del Grupo Especial son incoherentes entre las etapas 2 y 3 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo. Por ejemplo, la República Dominicana declara que "en cada etapa, el Grupo Especial aplicó una tasa de disminución distinta de la tasa de disminución constatada en la etapa anterior" se refiere a una aparente incoherencia entre las constataciones formuladas por el Grupo Especial en las etapas 2 y 3 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo. (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 188. Véase también *ibid.*,

Etapas 2 del análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial

6.117. Como se ha indicado *supra*, en el apéndice D de su informe, el Grupo Especial evaluó las pruebas de las partes relativas a la contribución de las medidas TPP a reducir el consumo de productos de tabaco.³⁸⁷ El Grupo Especial distinguió entre las pruebas relativas a los cigarrillos y las pruebas relativas a los cigarros.³⁸⁸ El Grupo Especial evaluó las pruebas relativas al *consumo de cigarrillos* en tres etapas, abordando sucesivamente las siguientes cuestiones: 1) si el consumo había disminuido o no después de la implementación de las medidas TPP; 2) si la disminución del consumo se había acelerado o no después de la implementación de las medidas TPP; y 3) si las medidas TPP contribuyeron a la disminución del consumo. En la etapa 2 de su análisis del consumo de cigarrillos, el Grupo Especial cuestionó la validez de los resultados econométricos facilitados por el experto de los reclamantes, el Profesor List, por varias razones.³⁸⁹ El Grupo Especial señaló que la experta de Australia, la Dra. Chipty, volvió a estimar el modelo dinámico del Profesor List utilizando los datos de In-Market-Sales/Exchange of Sales (IMS/EOS) y reemplazando la variable de precio por una variable binaria, que "inv[ertía] la[] conclusi[ón] del profesor List" y mostraba un "cambio estadísticamente significativo en la tendencia a la baja ... durante el período posterior a la implementación".³⁹⁰ No obstante, el Grupo Especial señaló que este cambio "dej[ó] de ser estadísticamente significativo, cuando los cambios del impuesto especial y la gestión del inventario estratégico asociada con estos cambios ... se toma[ro]n en cuenta".³⁹¹ El Grupo Especial consideró que, si bien el modelo de la Dra. Chipty tenía "una precisión ligeramente mayor" al predecir los valores de las ventas *per capita* en el período anterior a la implementación, seguía funcionando relativamente mal y el Grupo Especial "segu[ía] abrigando dudas acerca" de la fiabilidad de la predicción de las ventas *per capita* que se habrían producido de no ser por las medidas TPP.³⁹² No obstante, el Grupo Especial señaló que los volúmenes promedio de ventas de cigarrillos en el período posterior a la implementación eran "[desde el punto de vista estadístico] significativamente menores que en el período anterior a la implementación" y subrayó que "la tendencia de las ventas de cigarrillos en el período posterior a la implementación aumenta su pendiente, lo cual implica que la baja de dichas ventas se aceleró en ese período".³⁹³ El Grupo Especial observó que podía extraerse la misma conclusión de los datos de Aztec Scanner.³⁹⁴ Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó que "[l]a tendencia a la baja de las ventas de cigarrillos en Australia se ha acelerado en el período posterior a la implementación de las medidas TPP".³⁹⁵

6.118. Honduras considera que, "sin un análisis ni una explicación, y aparentemente sobre la base de su propio reprocesamiento de los datos de apoyo proporcionados por el IPE, el Grupo Especial en un breve párrafo llega a una conclusión positiva basada en su propia 'prueba estándar de comparación de medias' que sencillamente no está respaldada por los hechos obrantes en el expediente".³⁹⁶ Honduras subraya además que el propio Grupo Especial indicó que su conclusión está en contradicción con los datos de Nielsen, y también con los datos de IMS/EOS si se utilizaba un período más breve.³⁹⁷ Honduras considera que la "conclusión positiva firme" del Grupo Especial

párrafos 189-193). La alegación de la República Dominicana de que el Grupo Especial incurrió en error, no obstante, se centra exclusivamente en la aparente incoherencia entre las constataciones formuladas por el Grupo Especial en la etapa 1 y sus constataciones posteriores formuladas en las etapas 2 y 3 y, más particularmente, se centra en las constataciones del Grupo Especial formuladas en la etapa 2 en comparación con las de la etapa 1. (Véase también *ibid.*, párrafos 185-212). Por consiguiente, no consideramos que la República Dominicana haya afirmado que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD con respecto a una supuesta incoherencia entre las constataciones formuladas por el Grupo Especial en las etapas 2 y 3. En cualquier caso, en la medida en que pudiera interpretarse que dicha afirmación está implícita, no está fundamentada por ninguna argumentación que la respalde.

³⁸⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 1.

³⁸⁸ El Grupo Especial señaló que, al principio, tres de los reclamantes habían aducido que las medidas TPP "habían 'resultado contraproducentes' porque aumentaron las ventas de tabaco"; sin embargo, este argumento no se "desarrolló más adelante en los procedimientos". (Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 4 (no se reproduce la nota de pie de página)) El Grupo Especial también señaló que los datos relativos al consumo de cigarrillos se referían principalmente a los volúmenes de ventas de cigarrillos, aunque en algunos estudios se analizaba el consumo notificado de cigarrillos. (*Ibid.*, párrafo 2).

³⁸⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 40-44.

³⁹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45.

³⁹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45.

³⁹² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45.

³⁹³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 46. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁹⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 46.

³⁹⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.b.

³⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 893.

³⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 894.

no está respaldada por ninguna explicación ni ningún detalle sobre los cálculos que permitan a las partes entender su constatación, y subraya que "ni siquiera las pruebas de Australia son positivas con respecto a este punto" y que el "propio nuevo cálculo [del Grupo Especial] solo es válido para determinados conjuntos de datos en determinadas circunstancias".³⁹⁸ Honduras subraya que el Grupo Especial preparó la figura D.14 basándose en material de apoyo facilitado por el IPE y que no se ofrece ninguna explicación sobre cómo se elaboró ni hay modo alguno de comprobar su exactitud.³⁹⁹ En opinión de Honduras, el hecho de que no se puedan examinar las constataciones del Grupo Especial constituye un "problema fundamental de debido proceso".⁴⁰⁰ Honduras aduce que el Grupo Especial "incumplió la esencia del deber que le impone el artículo 11 del ESD" al no participar "seriamente" con las partes en ninguno de los debates técnicos que tuvieron lugar ante él, limitándose a "lanzar a las partes su análisis definitivo en sus constataciones", privándoles de una oportunidad satisfactoria para formular observaciones durante las actuaciones del Grupo Especial, y al no incluir los detalles técnicos necesarios para examinar las constataciones del Grupo Especial.⁴⁰¹

6.119. Observamos que, al evaluar las pruebas de la Dra. Chipty relativas a la cuestión de si la disminución del consumo de cigarrillos se aceleró después de la implementación de las medidas TPP, el Grupo Especial formuló dos conjuntos distintos de constataciones:

- a. En primer lugar, el Grupo Especial señaló que la nueva especificación del modelo dinámico del Profesor List hecha por la Dra. Chipty, utilizando variables binarias del impuesto especial en lugar de una variable de precio, mostró un efecto negativo estadísticamente significativo de las medidas TPP sobre las ventas de cigarrillos. El Grupo Especial reconoció que este efecto *dejó de ser estadísticamente significativo* cuando los cambios del impuesto especial, y la gestión del inventario estratégico asociada con esos cambios impositivos, se tomó en cuenta "en la estimación del período posterior a la implementación".⁴⁰² El Grupo Especial recordó que abrigaba dudas sobre la fiabilidad del modelo dinámico, habida cuenta de que no era muy preciso en la predicción de las ventas reales, y consideró que este aspecto solo era "ligeramente" mejor en la especificación de la Dra. Chipty que en el modelo del Profesor List.⁴⁰³ El Grupo Especial afirmó que "segu[ía] abrigando dudas" acerca de la precisión del modelo.⁴⁰⁴
- b. En segundo lugar, el Grupo Especial señaló que, según una prueba estándar de comparación de medias, "los volúmenes promedio de ventas de cigarrillos basados en los datos de IMS/EOS en el período posterior a la implementación son [desde el punto de vista estadístico] significativamente menores que en el período anterior a la implementación".⁴⁰⁵ El Grupo Especial, haciendo referencia a la figura D.14, consideró que esta observación quedaba confirmada por el hecho de que "la tendencia de las ventas de cigarrillos en el período posterior a la implementación aumenta su pendiente, lo cual implica que la baja de dichas ventas se aceleró en ese período".⁴⁰⁶ El Grupo Especial afirmó que podía extraerse la misma conclusión sobre la base de los datos de Aztec. El Grupo Especial reconoció que la aplicación de esta prueba a los datos de Nielsen no mostraba ninguna diferencia entre las tendencias de los períodos anterior y posterior a la implementación. El Grupo Especial subrayó que los datos de Nielsen solo correspondían al período comprendido entre febrero de 2011 y diciembre de 2013, y que cuando la prueba se aplicó a los datos de IMS/EOS de ese mismo período tampoco se produjo ningún cambio, aunque esta conclusión se invirtió cuando los datos se ampliaron hasta septiembre de 2015. Por

³⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 894. Específicamente, Honduras señala la constatación del Grupo Especial de que un "cambio de poca importancia en el análisis de la Dra. Chipty ... lleva a la conclusión de que no se ha producido ningún cambio estadísticamente significativo en el consumo". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 892 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45)).

³⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 895.

⁴⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 895.

⁴⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 896.

⁴⁰² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45.

⁴⁰³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45.

⁴⁰⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45.

⁴⁰⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 46.

⁴⁰⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 46.

consiguiente, el Grupo Especial no consideró que el resultado obtenido utilizando los datos de Nielsen fuese pertinente.⁴⁰⁷

6.120. Entendemos que, con respecto a la primera parte del análisis del Grupo Especial, Honduras considera no solo que el Grupo Especial "accept[ó] sin crítica las conclusiones y los enfoques de la Dra. Chipty", sino también que las constataciones del Grupo Especial indican que un "cambio de poca importancia en el análisis de la Dra. Chipty ... lleva a la conclusión de que no se ha producido ningún cambio estadísticamente significativo en el consumo".⁴⁰⁸ En nuestra opinión, la primera de estas afirmaciones constituye una importante distorsión de las constataciones del Grupo Especial, en parte porque estamos *de acuerdo* con la segunda afirmación. De hecho, el Grupo Especial parece considerar que las pruebas de la Dra. Chipty a este respecto tienen un valor probatorio cuestionable, de manera muy parecida a las propias pruebas periciales del Profesor List. En concreto, las constataciones del Grupo Especial indican que consideró que los modelos de la Dra. Chipty y del Profesor List eran *igualmente* imprecisos.

6.121. Señalamos, sin embargo, que el Grupo Especial no finalizó su análisis en este punto. El Grupo Especial continuó su análisis y, en última instancia, concluyó que la tendencia a la baja de las ventas de cigarrillos se aceleró en el período posterior a la implementación, sobre la base de dos observaciones: i) sobre la base de una prueba "estándar de comparación de medias", el Grupo Especial constató que "los volúmenes promedio de ventas de cigarrillos ... en el período posterior a la implementación son [desde el punto de vista estadístico] significativamente menores que en el período anterior a la implementación"; y ii) el Grupo Especial constató que esto quedaba confirmado por el hecho de que "la tendencia de las ventas de cigarrillos en el período posterior a la implementación aumenta su pendiente por comparación con el período anterior".⁴⁰⁹

6.122. Con respecto a la utilización por el Grupo Especial de una prueba estándar de comparación de medias, que Honduras impugna sobre la base de que el Grupo Especial no facilitó ninguna explicación ni detalles de su cálculo, entendemos que una prueba de comparación de medias es una prueba estadística sencilla que el Grupo Especial podía haber realizado al verificar que los métodos de las partes revelaban efectivamente los resultados que afirmaban las partes. De hecho, nos parece que la aplicación de pruebas estadísticas para verificar resultados estadísticos está muy en consonancia con el deber de un grupo especial de examinar las pruebas aportadas por las partes. Por consiguiente, no consideramos que la aplicación por el Grupo Especial de una prueba de comparación de medias indique que el Grupo Especial no actuara de manera objetiva. Al contrario, nos parece perfectamente plausible que la prueba de comparación de medias utilizada por el Grupo Especial podía haber revelado que los reclamantes estaban en lo *cierto* al afirmar que la disminución del consumo de cigarrillos no se había acelerado después de la implementación de las medidas TPP.

6.123. Con respecto a la confirmación por el Grupo Especial de su prueba de comparación de medias mediante la evaluación de la pendiente de la tendencia del consumo de tabaco en los períodos anterior y posterior a la implementación de las medidas, abordamos esta cuestión más detalladamente *infra*.⁴¹⁰ Basta con señalar aquí que no consideramos que un grupo especial actúe de manera incompatible con el artículo 11 del ESD solo porque describe las pruebas de las partes de forma gráfica. Además, no vemos cómo una representación gráfica de las pruebas que, para empezar, estaba en posesión de las partes puede hacer que el Grupo Especial ponga en peligro los derechos de debido proceso de las partes. Habida cuenta de que las pruebas se hallaban en su posesión, las partes podían haber elaborado dichos gráficos por iniciativa propia. Su renuencia a hacerlo no debe impedir que un grupo especial represente datos gráficamente a los efectos de aclarar sus constataciones fácticas.

6.124. Por último, no consideramos que el Grupo Especial no razonara o explicara las conclusiones a que llegó en la etapa 2 de su análisis del consumo de cigarrillos, incluidos los motivos por los que consideró que los datos de Nielsen eran menos pertinentes para su examen de esta cuestión.⁴¹¹ Si bien los apelantes pueden discrepar del examen que hizo el Grupo Especial de las pruebas fácticas, así como de sus conclusiones, la explicación del Grupo Especial de cómo examinó las pruebas y las razones por las que llegó a sus conclusiones definitivas están expresadas muy claramente. No cabe

⁴⁰⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice D, nota 50 al párrafo 46.

⁴⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 892.

⁴⁰⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 46.

⁴¹⁰ Véanse los párrafos 6.326-6.328 *infra*.

⁴¹¹ Véase el párrafo 6.119 *supra*.

duda, en nuestra opinión, de cómo y por qué el Grupo Especial concluyó que "[l]a tendencia a la baja de las ventas de cigarrillos en Australia se ha acelerado en el período posterior a la implementación de las medidas TPP".⁴¹²

6.125. Por estas razones, consideramos que Honduras no ha demostrado que el Grupo Especial no realizara una evaluación objetiva del asunto que tenía ante sí al evaluar la cuestión de si la disminución del consumo de cigarrillos se aceleró o no después de la implementación de las medidas TPP.

Etapas 3 de los análisis de la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos realizados por el Grupo Especial

6.126. En la etapa 3 de sus análisis de la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos, el Grupo Especial evaluó la cuestión de si las medidas TPP habían contribuido a la aceleración de la disminución de la prevalencia de tabaquismo y del consumo de cigarrillos, respectivamente. Las pruebas presentadas por las partes consistían principalmente en modelos econométricos que intentaban distinguir y evaluar la repercusión de las medidas TPP y de otros factores determinantes sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo, respectivamente.⁴¹³ A este respecto, también aquí, el Grupo Especial señaló que su labor no consistía en realizar su propia evaluación econométrica, sino más bien "examinar la solidez de los datos de investigación econométricos que nos presentan las partes".⁴¹⁴

6.127. En la etapa 3 de su análisis sobre la *prevalencia de tabaquismo*, el Grupo Especial explicó primero que, de los diferentes conjuntos de datos facilitados por las partes, consideró que los datos de la RMSS eran los "más idóneos ... para analizar la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia de tabaquismo".⁴¹⁵ A continuación, el Grupo Especial pasó a evaluar la solidez de los modelos econométricos presentados por los expertos de los reclamantes. El Grupo Especial señaló un buen número de preocupaciones distintas que le suscitaban estos modelos.⁴¹⁶ En cuanto a los modelos econométricos que presentó la experta de Australia, la Dra. Chipty, el Grupo Especial "observ[ó] que ella ... abord[ó] muchas inquietudes planteadas [por el Grupo Especial] al examinar los métodos y resultados de los reclamantes".⁴¹⁷ El Grupo Especial consideró que los datos econométricos "más recientes" presentados por Australia indicaban que las medidas TPP y las ASG ampliadas contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo en ese país, incluida la prevalencia del hábito de fumar puros.⁴¹⁸ Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó en última instancia que "algunos datos econométricos indican que las medidas, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo, así como la prevalencia del hábito de fumar puros observadas después de la entrada en vigor".⁴¹⁹

6.128. En la etapa 3 de su análisis sobre el *consumo de cigarrillos*, el Grupo Especial analizó primero los distintos conjuntos de datos proporcionados por las partes. El Grupo Especial constató que, "aun cuando ... no hay datos perfectos, ... los datos del mercado de IMS/EOS ... son los más

⁴¹² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.b.

⁴¹³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 97; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 48.

⁴¹⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 98; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 105.

⁴¹⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 99.

⁴¹⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 103-119.

⁴¹⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120. El Grupo Especial subrayó que la Dra. Chipty abordó el problema del sobreajuste y se basó en variables binarias para evitar los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad (asociadas con el uso de una variable de precio), así como la no estacionariedad (asociada con el uso de variables de precio o de nivel impositivo). (*Ibid.*). El Grupo Especial también consideró que los resultados econométricos de la Dra. Chipty eran "sólid[os] con respecto a las especificaciones alternativas, incluidas la[s] fecha[s] diferente[s] de inicio ..., el uso de una variable del nivel del impuesto especial ... y las variables binarias de la reponderación de la muestra" y mostraban sistemáticamente una repercusión negativa y significativamente estadística de las medidas TPP en la prevalencia general de tabaquismo. (*Ibid.*, párrafo 121) (no se reproduce la nota de pie de página) El Grupo Especial además señaló que "en casi todas las especificaciones", el análisis realizado por la Dra. Chipty seguía mostrando que la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia de tabaquismo era negativa y estadísticamente significativa, aunque se utilizara el procedimiento del Profesor List para calcular errores estándar. (*Ibid.*).

⁴¹⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 122.

⁴¹⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 123.c. El Grupo Especial señaló que no se proporcionaron datos empíricos posteriores a la implementación acerca de la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia del hábito de fumar puros. (*Ibid.*, párrafo 124).

adecuados".⁴²⁰ Del mismo modo que hizo en su análisis de las pruebas de la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial pasó a examinar los modelos econométricos proporcionados por los expertos de los reclamantes y señaló varias preocupaciones con respecto a la solidez de estos modelos.⁴²¹ En cuanto a los modelos que había presentado la experta de Australia, la Dra. Chipty, el Grupo Especial consideró que la Dra. Chipty había abordado "en cierta medida" "algunas" de las inquietudes que el Grupo Especial había planteado con respecto a los enfoques expuestos por los expertos de los reclamantes.⁴²² El Grupo Especial consideró que "[e]n general, según los datos econométricos más recientes presentados por Australia, hay algunos indicios econométricos de que las medidas TPP y las ASG ampliadas contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor en ese país".⁴²³ Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó en última instancia que "[a]unque resulta imposible distinguir entre la repercusión de las medidas TPP y la de las ASG ampliadas, algunos datos econométricos indican que las medidas, junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor y, por lo tanto, el consumo de cigarrillos después de su entrada en vigor".⁴²⁴

6.129. Pasamos a abordar *infra* varios argumentos de los apelantes de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en sus análisis de si las medidas TPP contribuyeron a la disminución de la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos.⁴²⁵

Repercusión del alto precio del tabaco en la conducta tabáquica

6.130. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo* que figura en el apéndice C, el Grupo Especial señaló que los resultados econométricos de la República Dominicana no pueden "tomarse tal cual están, debido principalmente a que la mayor parte de las especificaciones de los modelos no pueden detectar la repercusión del alto precio del tabaco (incluidos los aumentos del impuesto especial) sobre la prevalencia de tabaquismo", aunque "todas las partes consideran que los aumentos del impuesto especial al tabaco son una de las políticas de control del tabaco más eficaces".⁴²⁶ En su análisis del *consumo de cigarrillos* que figura en el apéndice D, el Grupo Especial no indicó si alguno de los modelos de las partes podía detectar la repercusión del alto precio del tabaco.⁴²⁷

6.131. A juicio de la República Dominicana, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD: i) al tratar las pruebas de las partes de manera incongruente; y ii) al no examinar los argumentos y las pruebas de la República Dominicana.⁴²⁸ Con respecto al trato supuestamente incongruente dado por el Grupo Especial a las pruebas de las partes, la República

⁴²⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 102.

⁴²¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 101-114.

⁴²² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115. En particular, el Grupo Especial señaló que la Dra. Chipty utilizó variables binarias para captar los aumentos del impuesto especial, evitando así los problemas de la endogeneidad (asociada con el uso de una variable de precio) y el problema de la raíz unitaria (asociada con el uso de las variables de precio o de nivel impositivo). El Grupo Especial también señaló que el modelo de la Dra. Chipty, si bien estaba basado en la primera especificación propuesta por el IPE, fue modificada para tener en cuenta la gestión del inventario estratégico, así como la reglamentación de las ASG de 2006. (*Ibid.*). El Grupo Especial consideró que los resultados de la Dra. Chipty eran "sólid[os] con respecto a las especificaciones alternativas, en particular ... fecha[s] de inicio diferente[s] ... y al procedimiento del profesor List para calcular los errores estándar". (*Ibid.*, párrafo 116). El Grupo Especial señaló que el reemplazo de las variables binarias de alza del impuesto especial por una variable de nivel impositivo daba lugar a que los efectos de las medidas TPP dejaran de ser estadísticamente significativos, pero recordó su explicación anterior de que la "la puesta a prueba de las especificaciones indica que los niveles impositivos no son apropiados" y también señaló que "es probable que la variable de niveles impositivos no sea estacionaria". (*Ibid.*).

⁴²³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 117.c.

⁴²⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.

⁴²⁵ Por las razones expuestas *supra*, nuestro análisis de estas cuestiones no abarca todos los argumentos planteados por los apelantes en relación con estos aspectos de las constataciones del Grupo Especial.

⁴²⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 103.

⁴²⁷ Véase, en general, el informe del Grupo Especial, apéndice D.

⁴²⁸ La República Dominicana hace referencia a la declaración del Órgano de Apelación de que "[l]a decisión de un grupo especial de no examinar un elemento de prueba que aparentemente parece ser favorable a los argumentos de una de las partes podría indicar sesgo o falta de imparcialidad en el trato de las pruebas por el grupo especial, aunque en realidad éste haga una evaluación objetiva de los hechos". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 505 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Manzanas*, párrafo 270)).

Dominicana alega que: i) el Grupo Especial no consideró los modelos de la República Dominicana que podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco, aunque aceptó los modelos de Australia que podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco; y ii) el Grupo Especial rechazó los modelos de la República Dominicana porque no podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco, pero no rechazó ninguno de los modelos de Australia ni siquiera cuando uno de tales modelos detectaba una repercusión incorrecta del alto precio del tabaco.⁴²⁹ En cuanto al hecho de que el Grupo Especial no examinara los argumentos de la República Dominicana, la República Dominicana se refiere a una comunicación complementaria que el Grupo Especial aceptó tomar en consideración, en la que la República Dominicana señalaba que el modelo de consumo de la Dra. Chipty presentado al Grupo Especial en sus informes definitivos mostraba que un aumento del impuesto especial en 2013 había dado lugar a un aumento del consumo de cigarrillos.⁴³⁰ La República Dominicana sostiene que este era un resultado "sin sentido", basándose en la opinión de la propia Dra. Chipty, y que así lo explicó al Grupo Especial.⁴³¹ No obstante, la República Dominicana aduce que "[s]in examinar esta prueba, el Grupo Especial se basó en el modelo de consumo actualizado de la Dra. Chipty como fundamento para su constatación de que las medidas TPP han reducido el consumo de cigarrillos".⁴³²

6.132. Con respecto a los argumentos de la República Dominicana de que el Grupo Especial dio un trato incongruente a pruebas del mismo tipo, Australia sostiene que la República Dominicana interpreta erróneamente el "fin" con el que Australia presentó sus pruebas.⁴³³ Según Australia, [e]l Grupo Especial no constató, ni necesitaba hacerlo, que las revisiones de los modelos econométricos de los reclamantes efectuadas por la Dra. Chipty resolvían *por completo* los problemas de los reclamantes respecto del alto precio del tabaco para llegar a estas conclusiones a partir de las comunicaciones de la Dra. Chipty".⁴³⁴ En cualquier caso, Australia sostiene que el Grupo Especial *sí* examinó todos los modelos pertinentes, y criticó los modelos de las partes por motivos que no se relacionaban únicamente con la cuestión de si detectaban la repercusión del alto precio del tabaco.⁴³⁵ En cuanto a los argumentos planteados por la República Dominicana con respecto al

⁴²⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 490-497. La República Dominicana aduce que, en lo que respecta a la *prevalencia del hábito de fumar cigarrillos*, el Grupo especial aceptó el modelo ... de la Dra. Chipty ..., pese a que la especificación no podía detectar la repercusión de dos aumentos del impuesto especial". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 498 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121)). La República Dominicana aduce que, en lo que respecta a la *prevalencia del hábito de fumar cigarros*, "el Grupo Especial aceptó el modelo de la Dra. Chipty ... pese a que, nuevamente, los modelos relacionados con el hábito de fumar cigarros no podían detectar la repercusión de los aumentos de impuestos de 2013 sobre la prevalencia del hábito de fumar cigarros". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 500 (donde se hace referencia a Third Rebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (1 de febrero de 2016) (tercer informe de réplica de Chipty) (Prueba documental AUS-605 presentada al Grupo Especial), párrafo 29 y cuadro 3, filas [A] y [C])). Con respecto al *consumo de cigarrillos*, el Grupo Especial aceptó el modelo de consumo actualizado de la Dra. Chipty ... pese a que llegaba a la conclusión 'sin sentido' de que un aumento del impuesto especial había dado lugar a un aumento del consumo". (*Ibid.*, párrafo 499 (donde se hace referencia a la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial (17 de febrero de 2016); y a la respuesta de la República Dominicana a la comunicación del Grupo Especial de 2 de marzo de 2016 (4 de marzo de 2016)) (con resalte en el original)).

⁴³⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo. 506 (donde se hace referencia a la comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial (17 de febrero de 2016)).

⁴³¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 63-64 (donde se hace referencia a Rebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (14 de septiembre de 2015) (informe de réplica de Chipty))(Prueba documental AUS-535 presentada al Grupo Especial (IEC)), párrafo 39).

⁴³² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 510. A juicio de la República Dominicana, "[n]ada en el razonamiento del Grupo Especial 'revela que ha[ya] evaluado la importancia de [las] pruebas [presentadas por la República Dominicana]' de que el modelo de la Dra. Chipty generó resultados 'sin sentido' en relación con los impuestos". (*Ibid.*, párrafo 511 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Impuestos sobre los aguardientes*, párrafo 135)).

⁴³³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 809. Australia sostiene que los argumentos de la República Dominicana tratan las pruebas de réplica de la Dra. Chipty "como si esta se propusiera -y se le exigiera- corregir *todas* las deficiencias de los modelos econométricos de los reclamantes". (*Ibid.*, párrafo 810 (con resalte en el original)).

⁴³⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 810. (con resalte en el original; no se reproduce la nota de pie de página). A juicio de Australia, el Grupo Especial "evaluó adecuadamente todas las pruebas econométricas obrantes en el expediente en relación con la carga de la prueba y en relación con los fines para los que se presentaron las pruebas". (*Ibid.*, párrafo 811).

⁴³⁵ Con respecto a la primera supuesta incompatibilidad que alega la República Dominicana, Australia sostiene que la referencia que hace la República Dominicana al hecho de que el Grupo Especial no mencionara las especificaciones del modelo que *podían* detectar la repercusión del alto precio del tabaco es engañosa,

supuesto hecho de que el Grupo Especial no examinó las pruebas y argumentos de las partes, Australia señala que este argumento guarda relación con una carta dirigida al Grupo Especial el 17 de febrero de 2016 que se formuló como una solicitud para que el Grupo Especial adoptara medidas para proteger los derechos de debido proceso de las partes, pero incluía, en y por sí misma, "observaciones sustantivas" sobre el tercer informe de réplica de la Dra. Chipty.⁴³⁶ Según Australia, el Grupo Especial aceptó estas observaciones y dio a Australia una oportunidad para presentar una respuesta.⁴³⁷ El 16 de marzo de 2016, Australia formuló observaciones sobre las observaciones de la República Dominicana.⁴³⁸ Australia aduce que el Grupo Especial resumió estos acontecimientos pero, "habida cuenta de que las observaciones adicionales de la República Dominicana no habían planteado ninguna cuestión que las partes no hubieran debatido ya ampliamente, el Grupo Especial no examinó las comunicaciones presentadas por las partes después las actuaciones en otras partes de su informe".⁴³⁹ Australia considera que "la decisión del Grupo Especial de no hacer referencia a estos acontecimientos habla por sí misma: el Grupo Especial examinó las comunicaciones adicionales de las partes y concluyó, correctamente, que estas comunicaciones presentadas después de las actuaciones *no habían añadido nada* a las abundantes pruebas que las partes habían aportado ya sobre este tema".⁴⁴⁰

6.133. Ante todo, señalamos que la posición de la República Dominicana de que el Grupo Especial "rechazó" determinados modelos es engañosa. El Grupo Especial no "rechazó" ni "aceptó" ningún modelo *per se* sobre la base de ningún criterio de solidez individual. Los distintos criterios aplicados por el Grupo Especial para comprobar la solidez no eran "fórmulas milagrosas" utilizadas para aceptar/rechazar modelos de modo que al final solo pudiera quedar uno (o incluso ninguno). Más bien, el Grupo Especial evaluó las pruebas aportadas por las partes, empezando por las pruebas de los reclamantes, y observó múltiples motivos para poner en tela de juicio la fiabilidad de esas pruebas.⁴⁴¹ Al compararlas las pruebas de los reclamantes con las pruebas presentadas por Australia, que mostraban un resultado completamente distinto, el Grupo Especial consideró que las pruebas de Australia eran, en términos relativos, más creíbles y fiables que las pruebas de los reclamantes, reconociendo que *ningún* modelo presentado por *ningún* experto era perfecto.⁴⁴² Basándose en su examen de las distintas pruebas, el Grupo Especial consideró en última instancia que los modelos de la Dra. Chipty eran suficientemente fiables para concluir que "algunos datos econométricos indican que las medidas [TPP], junto con las ASG ampliadas implementadas al mismo tiempo, contribuyeron a reducir la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos en general."⁴⁴³ Los apelantes no han alegado, ni mucho menos demostrado, que este enfoque del Grupo Especial fuera erróneo.

6.134. Observamos además que, al evaluar las pruebas sobre la prevalencia de tabaquismo presentadas por las partes, aunque abrigaba dudas sobre algunos de los modelos de los reclamantes por considerar que no podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco, el Grupo Especial no

porque aceptar los modelos del Profesor List y del IPE suponía "aceptar una o más elecciones metodológicas que el Grupo Especial criticó. (Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 800) (no se reproduce el resalte)) Australia considera que el Grupo Especial sí contempló los modelos de la República Dominicana que podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco. Australia pone de relieve en particular que el Grupo Especial rechazó la posición de que el período de muestra debía comenzar en julio de 2006, así como la observación del Grupo Especial de que el modelo de la República Dominicana adolece del problema del reajuste. (*Ibid.*, párrafo 800). Con respecto a la segunda supuesta incongruencia en el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas, Australia explica análogamente que "la noción de que los expertos de la República Dominicana elaboraron modelos 'que detectaban la repercusión del alto precio del tabaco' pasa por alto el hecho de que el Grupo Especial identificó numerosos problemas en *todos* los modelos de la República Dominicana -no solo en 'los presentados en una etapa temprana del procedimiento'- que llevaron al Grupo Especial a cuestionar su validez y valor probatorio". (*Ibid.*, párrafo 808 (con resalte en el original)).

⁴³⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 814.

⁴³⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 816.

⁴³⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 817.

⁴³⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 818. (con resalte en el original)

⁴⁴⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 820. (con resalte en el original) Australia también alega que la República Dominicana "intenta convertir un acto discrecional del Grupo Especial -requerido por las tácticas de litigación de la propia República Dominicana- en un fundamento para impugnar la buena fe del Grupo Especial". (*Ibid.*, párrafo 819).

⁴⁴¹ Véase también el párrafo 6.272 *infra*.

⁴⁴² Esto queda demostrado por las declaraciones formuladas por el Grupo Especial al comparar los modelos de la Dra. Chipty con los de los reclamantes en el sentido de que la Dra. Chipty solo resolvió "muchas" y "algunas" de sus inquietudes respecto de los modelos de los reclamantes. (Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 115).

⁴⁴³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 123; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 7.979.

indicó explícitamente que los modelos de Australia *podían* detectar esta repercusión. En otras palabras, el Grupo Especial no se basó en esto como motivo para constatar que los modelos de Australia eran más fiables que los modelos de los reclamantes. A pesar de que la experta de Australia sostuvo explícitamente que sus modelos de prevalencia de tabaquismo mostraban que "tanto las políticas fiscales como el empaquetado genérico han reducido significativamente la prevalencia de tabaquismo".⁴⁴⁴ Dado que el Grupo Especial no se basó en esto como motivo para constatar que los modelos de Australia eran más creíbles que los modelos de los reclamantes, no vemos ninguna incongruencia en el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas sobre la prevalencia de tabaquismo presentadas por las partes por lo que se refiere a este "criterio" de solidez.⁴⁴⁵ En consecuencia, no consideramos que el Grupo Especial haya tratado las pruebas presentadas por las partes de forma incongruente por lo que refiere a su evaluación de que las pruebas sobre prevalencia de tabaquismo presentadas por Australia eran más creíbles que las pruebas presentadas por los reclamantes y a su conclusión general de que había algunas pruebas que indicaban que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo.

6.135. Pasando al análisis que hizo el Grupo Especial de las pruebas sobre el consumo, observamos que el Grupo Especial no indicó si alguno de los modelos presentados por alguna de las partes podía detectar la repercusión del alto precio del tabaco en el consumo. Dado que esto no era pertinente para la determinación del Grupo Especial de que los modelos de la Dra. Chipty eran más creíbles que los de los reclamantes, no vemos motivo alguno para concluir que el trato que dio el Grupo Especial a las pruebas de las partes fue, de por sí, incongruente.

6.136. Dicho esto, observamos que, en apelación, la República Dominicana ha identificado una comunicación que envió al Grupo Especial en la que alegó que los modelos de consumo de la Dra. Chipty mostraban que los aumentos del impuesto especial dieron lugar a un *aumento* del consumo.⁴⁴⁶ En concreto, el 17 de febrero de 2016, la República Dominicana envió al Grupo Especial una comunicación en la que afirmó que "[c]on la presentación de las observaciones respectivas de las partes el 3 de febrero de 2016, ha concluido la etapa informativa del presente procedimiento del Grupo Especial".⁴⁴⁷ La República Dominicana indicó además que, en esas observaciones, "los reclamantes y Australia ... presentaron al Grupo Especial documentación adicional considerable, incluidos varios informes de expertos y otras pruebas documentales".⁴⁴⁸ La República Dominicana señaló que "ahora podrían hacerse muchas observaciones por lo que respecta a los nuevos argumentos y pruebas de Australia" e indicó, "[c]omo ejemplo", una "incongruencia importante" en el análisis de la Dra. Chipty.⁴⁴⁹ Según la República Dominicana, la Dra. Chipty, que anteriormente había señalado que un resultado que mostrara que aumentos del impuesto especial daban lugar a un aumento en la prevalencia o el consumo es un resultado "sin sentido", había formulado de todas formas esa constatación en su informe definitivo.⁴⁵⁰ La República Dominicana alegó además que la constatación de la Dra. Chipty de que el aumento de impuestos de septiembre de 2013 había dado lugar a un aumento del consumo explicaba también su conclusión de que las medidas TPP habían

⁴⁴⁴ Tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605 presentada al Grupo Especial), párrafo 3 d).

⁴⁴⁵ Observamos que algunas de las constataciones del Grupo Especial se pueden interpretar en el sentido de que sugieren implícitamente que los modelos de Australia podían detectar una repercusión del alto precio del tabaco. Parece que el Grupo Especial atribuyó el hecho de que los modelos de los reclamantes no pudieran detectar una repercusión del alto precio del tabaco sobre la prevalencia de tabaquismo a diversas preocupaciones que señaló el Grupo Especial en relación con esos modelos, como el "sobreajuste" de la tendencia de la prevalencia de tabaquismo, la manera de especificar la política de control del precio del tabaco, los problemas de multicolinealidad y no estacionariedad, la manera en que se tenían en cuenta las correcciones del muestreo de la población en los datos de la RMSS y la forma en que los expertos de los reclamantes calcularon el error estándar (a los efectos de evaluar la significación estadística de las variables independientes). (Véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 104-110). Al evaluar las pruebas de Australia, el Grupo Especial constató que la Dra. Chipty abordó muchas de estas cuestiones. (*Ibid.*, párrafo 120). No obstante, consideramos que en las constataciones del Grupo Especial hay una clara distinción entre estas diferentes cuestiones y la observación general del Grupo Especial de que los modelos de los reclamantes no podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco. Por consiguiente, no consideramos que las constataciones del Grupo Especial de que la Dra. Chipty abordó estas cuestiones específicas sean suficientes para que lleguemos a la conclusión de que el Grupo Especial *también* consideró la capacidad de los modelos de la Dra. Chipty para detectar la repercusión del alto precio del tabaco como motivo para estimar que los modelos de Australia eran más sólidos que los modelos de los reclamantes.

⁴⁴⁶ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 2.

⁴⁴⁷ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 1.

⁴⁴⁸ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 1.

⁴⁴⁹ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 1.

⁴⁵⁰ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 2.

dado lugar a una reducción estadísticamente significativa del consumo.⁴⁵¹ La República Dominicana solicitó que el Grupo Especial adoptara medidas adecuadas "para asegurarse que se respetaran los intereses de las partes en materia de debido proceso".⁴⁵²

6.137. El Grupo Especial, tras haber invitado a Australia a presentar observaciones sobre la solicitud de la República Dominicana y haberlas recibido⁴⁵³, envió una comunicación, el 2 de marzo de 2016, a las partes en la que señaló varias consideraciones que habían de tenerse en cuenta.⁴⁵⁴ El Grupo Especial estimó que podía llegarse a un "equilibrio adecuado", por el cual "aceptaría las observaciones formuladas por la República Dominicana el 17 de febrero de 2016 con respecto a las críticas concretas del [tercer informe de réplica de la Dra. Chipty] expresamente identificadas en esa comunicación en relación con el uso de variables binarias del impuesto para tener en cuenta el alto precio de los productos de tabaco en el estudio de eventos de la Dra. Chipty sobre el consumo de tabaco utilizando los datos de IMS obrantes en el expediente".⁴⁵⁵ Sobre esta base, el Grupo Especial solicitó a la República Dominicana que presentara al Grupo Especial los resultados econométricos que respaldaban sus observaciones.⁴⁵⁶ El Grupo Especial también dio a Australia la oportunidad de responder a las observaciones de la República Dominicana y señaló que dichas observaciones "habrán de limitarse estrictamente a abordar las críticas concretas ... identificadas en la comunicación de la República Dominicana de 17 de febrero de 2016".⁴⁵⁷ El Grupo Especial "h[izo] hincapié en el muy limitado alcance" de la oportunidad "de hacer nuevas observaciones".⁴⁵⁸

6.138. El 4 de marzo de 2016, la República Dominicana envió una comunicación al Grupo Especial que contenía los resultados estadísticos que respaldaban los argumentos que había planteado respecto del modelo de la Dra. Chipty.⁴⁵⁹ En esa comunicación, la República Dominicana explicó que "a medida que el efecto del aumento de impuestos de 2013 se vuelve *más* positivo y *más* significativo", el efecto de las medidas [T]PP respecto de la misma fecha de inicio se vuelve *más* negativo y *más* significativo".⁴⁶⁰

6.139. El 16 de marzo de 2016, Australia respondió a las críticas formuladas por la República Dominicana respecto del modelo de la Dra. Chipty. Australia explicó que el IPE había formulado críticas similares anteriormente, que la Dra. Chipty ya había abordado explicando que "la incapacidad para estimar de manera precisa el efecto del aumento del impuesto especial de 2013 no se debía a un problema de su modelo, sino que era una consecuencia de la falta de datos tras el aumento del [impuesto] especial de 2013".⁴⁶¹ Según Australia, la Dra. Chipty solo tenía "datos correspondientes a cinco meses ... disponibles para estimar el efecto de los impuestos de 2013", y la imprecisión detectada por el IPE no afectaba el efecto estimado de las medidas TPP.⁴⁶² Australia también señaló que "los resultados que present[ó] la República Dominicana en el cuadro 1 de su comunicación de 4 de marzo de 2014 se basa[ban] en los materiales de producción de antecedentes para el informe de la Dra. Chipty de diciembre de 2015, no para su último informe"⁴⁶³ y que, dado que el análisis modificado en el informe definitivo de la Dra. Chipty era idéntico al resultado presentado en su

⁴⁵¹ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 2.

⁴⁵² Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 17 de febrero de 2016, página 3.

⁴⁵³ Australia se opuso a la solicitud de la República Dominicana. (Véase la comunicación de Australia al Grupo Especial, 19 de febrero de 2016).

⁴⁵⁴ En concreto, el Grupo Especial subrayó: i) el hecho de que "el calendario del Grupo Especial ya se ext[endía] mucho más allá de lo previsto por el ESD"; ii) que ya se ha[bía] intercambiado una cantidad considerable de argumentos y pruebas; iii) la observación de que "un grupo especial, al tratar de solucionar rápidamente una diferencia, tiene que 'control[ar] el procedimiento para poner fin al intercambio sucesivo de pruebas contradictorias presentadas por las partes'; y iv) el hecho de que la República Dominicana no había pedido específicamente una oportunidad para hacer observaciones sobre el informe de la Dra. Chipty, pero "pese a ello ha[bía] identificado ciertas críticas" de dicho informe en su carta de 17 de febrero de 2016. (Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, páginas 2-3).

⁴⁵⁵ Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, página 3.

⁴⁵⁶ Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, página 3.

⁴⁵⁷ Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, página 3.

⁴⁵⁸ Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, página 3.

⁴⁵⁹ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 4 de marzo de 2016.

⁴⁶⁰ Comunicación de la República Dominicana al Grupo Especial, 4 de marzo de 2016, página 5. (con resalte en el original)

⁴⁶¹ Comunicación de Australia al Grupo Especial, 16 de marzo de 2016, párrafo 10.

⁴⁶² Comunicación de Australia al Grupo Especial, 16 de marzo de 2016, párrafo 10 (donde se hace referencia a Surrebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (26 de octubre de 2015) (Prueba documental AUS-586 presentada al Grupo Especial), párrafo 62(c)).

⁴⁶³ Comunicación de Australia al Grupo Especial, 16 de marzo de 2016, párrafo 12. (no se reproduce el resalte)

informe de diciembre de 2015, la República Dominicana había tenido una oportunidad adecuada para examinar esa constatación y responder anteriormente, pero optó por no hacerlo.⁴⁶⁴ Australia también presentó considerables argumentos adicionales que abordaban específicamente las alegaciones de que el efecto positivo de los impuestos de 2013 era un resultado sin sentido y que los efectos negativos de las medidas TPP fueron "impulsados" por el efecto positivo de los impuestos de 2013.⁴⁶⁵

6.140. No se cuestiona que el Grupo Especial no abordó explícitamente los argumentos planteados por las partes en relación con la alegación fáctica de que el modelo de consumo de Australia mostraba un efecto positivo del aumento de los impuestos en 2013 sobre el consumo. No obstante, la decisión del Grupo Especial de no abordar estos argumentos se formuló a pesar del considerable debate mantenido entre las partes sobre esta cuestión y del hecho de que el Grupo Especial había indicado explícitamente que dichos argumentos y pruebas obraban "en el expediente".⁴⁶⁶ Observamos el argumento planteado por Australia, en apelación, de que el Grupo Especial abordó implícitamente esta cuestión al abstenerse de abordarla, porque la carta y la comunicación complementaria de la República Dominicana "no habían añadido nada a las abundantes pruebas que las partes habían aportado ya sobre este tema".⁴⁶⁷ Sin embargo, a nuestro juicio, el hecho de que el Grupo Especial se basara prácticamente en el mismo razonamiento para criticar los modelos de prevalencia de tabaquismo presentados por los reclamantes pone en tela de juicio la decisión del Grupo Especial de no abordar explícitamente los argumentos y pruebas presentados por la República Dominicana con respecto a las pruebas de Australia sobre el consumo.

6.141. En otras palabras, si bien el Grupo Especial no se basó en la repercusión del alto precio del tabaco como motivo para considerar que los modelos de prevalencia de tabaquismo de Australia eran más creíbles que los modelos de los reclamantes, de modo que el Grupo Especial no actuó de manera *incongruente* al evaluar los modelos de prevalencia de tabaquismo de las partes, el Grupo Especial *sí* indicó que la incapacidad de un modelo para detectar la repercusión del alto precio del tabaco es un motivo para dudar de sus resultados.⁴⁶⁸ El Grupo Especial llegó a esta conclusión basándose en que "todas las partes consideran que los aumentos del impuesto especial al tabaco son una de las políticas de control del tabaco más eficaces".⁴⁶⁹ No obstante, cuando la República Dominicana presentó pruebas para respaldar su argumento de que el modelo de consumo de Australia mostraba que el impuesto especial sobre el tabaco había dado lugar a un *aumento* del consumo, el Grupo Especial no abordó este argumento y procedió a constatar que el modelo de consumo de Australia era más creíble que los modelos de consumo de los reclamantes, de manera suficiente para que el Grupo Especial concluyera que algunos datos econométricos indicaban que las medidas TPP contribuyeron a reducir el consumo de cigarrillos.

6.142. Observamos el argumento de Australia de que el Grupo Especial no estaba obligado a constatar que Australia había corregido todas las deficiencias presentes en los propios modelos de los reclamantes. Estamos de acuerdo. Si el Grupo Especial hubiese constatado que los modelos de consumo de los reclamantes eran dudosos porque no mostraban un efecto estadísticamente significativo del alto precio del tabaco en el consumo, y a continuación se hubiese abstenido de basarse en tal defecto como motivo para considerar que los modelos de Australia eran más creíbles (del mismo modo como trató el Grupo Especial las pruebas sobre la prevalencia de tabaquismo presentadas por las partes), no habría ninguna incongruencia o problema en el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas aportadas por las partes. Esto es porque el Grupo Especial reconoció abiertamente que los modelos de la Dra. Chipty no resolvían todos los problemas presentes en los modelos de los reclamantes, dando a entender que sus modelos de hecho conservaban algunas de las deficiencias de los modelos de los reclamantes. Sin embargo, al no existir ninguna constatación

⁴⁶⁴ Comunicación de Australia al Grupo Especial, 16 de marzo de 2016, párrafo 12.

⁴⁶⁵ Comunicación de Australia al Grupo Especial, 16 de marzo de 2016, párrafos 14-27.

⁴⁶⁶ Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, página 3. Destacamos que Australia reconoce que, aparte de resumir los actos de procedimiento conforme se produjeron, el Grupo Especial no "hizo más referencia a estos actos". (Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 820).

⁴⁶⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 820. (no se reproduce el resalte)

⁴⁶⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 103.

⁴⁶⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 103 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 719; la primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafo 589; la primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 758 y 1027; la primera comunicación escrita de Cuba al Grupo Especial, párrafo 276; y la primera comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 63).

fáctica que indique si los modelos de consumo de los reclamantes no mostraban un efecto estadísticamente significativo del alto precio del tabaco, solo se puede especular. De hecho, teniendo en cuenta que los modelos de Australia se especificaron deliberadamente *de manera diferente* a los modelos de los reclamantes, puede que el problema identificado por la República Dominicana fuera específico para los modelos de Australia y que *no* estuviera presente en los modelos de los reclamantes, lo que, en virtud del razonamiento del propio Grupo Especial, parecería ser un motivo para dudar del valor de los modelos de consumo de Australia en comparación con los modelos de consumo de los reclamantes.

6.143. Por consiguiente, consideramos que el hecho de que el Grupo Especial no abordara el argumento y las pruebas justificantes de la República Dominicana según los cuales los modelos de consumo de la Dra. Chipty demostraban que los aumentos del impuesto especial dieron lugar a un aumento del consumo de cigarrillos constituyó un error en la apreciación de las pruebas por parte del Grupo Especial. No obstante, no todo error constituye una infracción del artículo 11 del ESD. Evaluamos las consecuencias y la importancia del error del Grupo Especial *infra*.⁴⁷⁰

6.144. Subrayamos, no obstante, que el error del Grupo Especial a este respecto se limita a la evaluación que hizo de la cuestión de si las medidas TPP contribuyeron a la disminución del consumo de cigarrillos. A nuestro juicio, los argumentos de la República Dominicana no indican que el Grupo Especial actuara de forma no objetiva al basarse en esto como una medida de la solidez, o de la credibilidad, en el contexto de la evaluación del valor relativo de las pruebas sobre la prevalencia de tabaquismo aportadas por las partes. Además, dado que en su carta de 17 de febrero de 2016 la República Dominicana no planteó ninguna preocupación respecto de los modelos sobre la prevalencia de tabaquismo de la Dra. Chipty, no es posible que el Grupo Especial no abordara tales argumentos. Por lo tanto, el error del Grupo Especial solo afecta a la conclusión del Grupo Especial en la etapa 3 de su análisis sobre el consumo de cigarrillos.

Hipótesis de proporcionalidad

6.145. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, el Grupo Especial señaló que dos de los expertos de los reclamantes, a saber, el IPE y el Profesor List, habían usado tipos de variables diferentes para tener en cuenta los aumentos del impuesto especial sobre el tabaco (es decir, el alto precio del tabaco) en diferentes modelos de prevalencia de tabaquismo. En concreto, habían utilizado, en varias ocasiones, variables binarias, variables del nivel impositivo y variables del precio. Con respecto al uso de variables del *nivel impositivo*, el Grupo Especial observó que dichas variables se basan en el "supuesto de que el efecto del alza de impuestos sobre la prevalencia es proporcional a la magnitud del alza".⁴⁷¹ A continuación, en la etapa 3 de su análisis del *consumo de cigarrillos*, el Grupo Especial señaló que *uno* de los motivos para poner en tela de juicio determinados resultados del IPE era que el IPE "h[izo] caso omiso de que la hipótesis de proporcionalidad en que se apoya el uso del nivel impositivo en el análisis de los datos de IMS/EOS es rechazada".⁴⁷² Al evaluar las pruebas de Australia, constituidas por los modelos de la Dra. Chipty, el Grupo Especial señaló que la Dra. Chipty "utiliz[ó] variables binarias de los aumentos del impuesto especial".⁴⁷³ El Grupo Especial observó que la sustitución de las variables binarias de esta última por una variable de niveles impositivos daba lugar a que los efectos de las medidas TPP dejaran de ser estadísticamente significativos.⁴⁷⁴ No obstante, el Grupo Especial recordó que "la puesta a prueba de las especificaciones indica que los niveles impositivos no son apropiados en la especificación del modelo".⁴⁷⁵

6.146. La República Dominicana considera que el Grupo Especial no proporcionó una explicación razonada y adecuada de las constataciones que formuló respecto de la hipótesis de proporcionalidad.⁴⁷⁶ Según la República Dominicana, el Grupo Especial criticó al IPE por hacer caso

⁴⁷⁰ Véanse los párrafos 6.258-6.267 *infra*.

⁴⁷¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 106.

⁴⁷² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 106. El Grupo Especial también señaló que cuando el modelo del IPE incluye las variables binarias del impuesto especial, "propuestas inicialmente por el propio IPE en su primer informe, pero posteriormente rechazadas por ser variables de control inferiores, la mayor parte de los resultados indican que las medidas TPP tuvieron una repercusión negativa y estadísticamente significativa sobre las ventas de cigarrillos al por mayor". (*Ibid.*).

⁴⁷³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115.

⁴⁷⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁷⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁴⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 572.

omiso de que la hipótesis de proporcionalidad fue rechazada, a pesar de que el IPE no podría haber abordado este hecho porque "se afirmó, por primera vez, en la comunicación definitiva de la Dra. Chipty, al final del intercambio escrito entre las partes".⁴⁷⁷ Además, según la República Dominicana, la conclusión de la Dra. Chipty de que la hipótesis de proporcionalidad fue rechazada se basaba en su modelo de consumo actualizado, que según había mostrado la República Dominicana incluía una constatación de que el alza del impuesto especial en 2013 había aumentado el consumo de productos de tabaco. La República Dominicana sostiene que el modelo de la Dra. Chipty se había especificado erróneamente y, en consecuencia, la "comprobación que efectuó para determinar si había una proporcionalidad entre la magnitud de un aumento del impuesto y su efecto sobre el consumo estaba inevitablemente distorsionada por la conclusión de su modelo de que un aumento del impuesto especial daba lugar a un aumento del consumo".⁴⁷⁸ La República Dominicana aduce que "el Grupo Especial aceptó los resultados de la comprobación de la hipótesis de proporcionalidad que efectuó la Dra. Chipty ... sin examinar las pruebas y el argumento de la República Dominicana de que el modelo de la Dra. Chipty estimaba que el aumento del impuesto en 2013 en Australia ... *aumentó* el consumo", y "no ... concili[ó] su aceptación de la comprobación de la proporcionalidad efectuada por la Dra. Chipty ... con pruebas que demostraban que el modelo de la Dra. Chipty se había especificado de forma errónea precisamente porque no estimaba correctamente la repercusión de uno de esos tres aumentos del impuesto".⁴⁷⁹

6.147. Australia sostiene que la República Dominicana "no comprende los fines para los que cada parte presentó pruebas de expertos ... ni tampoco la función del Grupo Especial al evaluar esas pruebas".⁴⁸⁰ Australia señala que no se cuestiona que era preciso establecer la hipótesis de proporcionalidad para que los modelos de la República Dominicana fueran válidos. Según Australia, los argumentos de la República Dominicana implican que "sus expertos podían permitirse una falta de comprensión de las hipótesis de sus propios modelos ... a menos que y hasta el momento en que los expertos de *Australia* señalaran el problema" y que "el Grupo Especial *no tenía otra opción* que aceptar la validez de estos modelos a menos que y hasta el momento en que Australia presentara pruebas de cargo que destacaran el problema".⁴⁸¹ Australia aduce que esas afirmaciones son "fundamentalmente insostenibles ... a la luz del deber del Grupo Especial de analizar las pruebas" y evaluar su valor probatorio.⁴⁸² En lo que respecta al argumento de la República Dominicana de que el modelo de la Dra. Chipty no estimaba correctamente la repercusión de los aumentos del impuesto sobre el consumo de tabaco, de manera tal que la comprobación de la hipótesis de proporcionalidad que efectuó estaba distorsionada, Australia sostiene que este argumento es "simplemente una vuelta a los argumentos que [la República Dominicana] formuló cuando presentó observaciones sobre el tercer informe de réplica de la Dra. Chipty después de que concluyera el período de presentación de comunicaciones sustantivas".⁴⁸³ Australia sostiene que abordó esta "cuestión" en respuesta a los argumentos planteados por la República Dominicana con respecto al alto precio del tabaco.⁴⁸⁴

6.148. Con respecto al argumento de la República Dominicana de que el IPE no podría haber abordado la hipótesis de proporcionalidad porque la Dra. Chipty identificó esta cuestión demasiado tarde en el procedimiento, señalamos que la propia República Dominicana reconoce plenamente la importancia de que se cumpla la hipótesis de proporcionalidad para que los resultados de un modelo

⁴⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 575. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 576. Según la República Dominicana, "[a]l utilizar un modelo para comprobar si se cumple la hipótesis de proporcionalidad, un supuesto clave es que el modelo *sea capaz de estimar adecuadamente* la repercusión de los distintos aumentos del impuesto". (*Ibid.*, párrafo 578 (con resalte en el original)) La República Dominicana explica que, "[p]ara ser proporcional, en relación con la magnitud de cada aumento del impuesto, los tres aumentos del impuesto [incluidos en los modelos del IPE y de la Dra. Chipty] tienen que tener una repercusión similar (es decir, proporcional) en el consumo", y "[s]i la estimación relativa a un aumento del impuesto va en la dirección *equivocada*, ... los tres aumentos del impuesto nunca tendrán una repercusión similar ... sobre el consumo en la dirección *correcta*". (*Ibid.*, párrafo 580 (con cursivas y subrayado en el original))

⁴⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 581. (con resalte en el original)

⁴⁸⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 840. Australia también señala que "la Dra. Chipty examinó la cuestión de la proporcionalidad en su comunicación definitiva porque así lo requería el uso por el IPE de variables del nivel impositivo en su *comunicación inmediatamente anterior*". (*Ibid.*, nota 1085 al párrafo 840 (con resalte en el original)).

⁴⁸¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 840. (con resalte en el original)

⁴⁸² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 840.

⁴⁸³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 841.

⁴⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 841. Véase el párrafo 6.132 *supra*.

sean significativos (en la medida en que el modelo utilice variables del nivel impositivo).⁴⁸⁵ De ello se desprende que la fiabilidad de los resultados de un modelo se ponen en tela de juicio cuando no se respeta la hipótesis de proporcionalidad, *independientemente* de si esta cuestión es señalada por una parte que participa en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC, y cuándo. Además, independientemente de si alguien señala esta cuestión, y cuándo, los expertos de los reclamantes tienen la responsabilidad de comprobar la solidez de sus resultados y, de ser necesario, modificar o cambiar sus modelos para que sus pruebas sean lo más creíbles posible.⁴⁸⁶ No vemos ningún error en el hecho de que el Grupo Especial se haya basado en las observaciones de la Dra. Chipty (observaciones que la propia República Dominicana considera pertinentes) para cuestionar la credibilidad de los modelos de los reclamantes.

6.149. Al pasar al argumento de la República Dominicana de que "el Grupo Especial no explicó cómo podría conciliar su aceptación de la comprobación de la proporcionalidad efectuada por la Dra. Chipty ... con pruebas que demostraban que el modelo de la Dra. Chipty se había especificado erróneamente"⁴⁸⁷, señalamos que, con excepción del proceso de reexamen intermedio, la República Dominicana no debería haber tenido la oportunidad de plantear estos argumentos en el marco de las actuaciones del grupo especial, dado que el tercer informe de réplica de la Dra. Chipty fue el último documento presentado por Australia en la diferencia. No obstante, no se puede pasar por alto que la República Dominicana *sí* comunicó al Grupo Especial al menos una inquietud que tenía en relación con el tercer informe de réplica de la Dra. Chipty, una inquietud que el Grupo Especial procedió a aceptar y consideró como "obrante en el expediente".⁴⁸⁸ En esa carta, la República Dominicana *no* identificó el trato dado por la Dra. Chipty a las pruebas del IPE en el tercer informe de réplica como una preocupación.⁴⁸⁹ Más bien, en la comunicación de la República Dominicana de 17 de febrero de 2016 se alegaba únicamente que el modelo de consumo de la Dra. Chipty mostraba que el alza del impuesto especial en 2013 dio lugar a un aumento del consumo. A nuestro juicio, la República Dominicana tuvo la oportunidad de plantear al Grupo Especial su argumento sobre la hipótesis de proporcionalidad y no lo hizo. El hecho de que no lo haya efectuado significa que los argumentos fácticos que plantea ahora la República Dominicana en apelación constituyen en esencia la réplica de la República Dominicana a las pruebas de la Dra. Chipty. Esto equivale a volver a plantear una cuestión de hecho y nos obligaría a cuestionar la evaluación de las pruebas que realizó el Grupo Especial. Nos abstenemos de hacerlo.

6.150. Por estos motivos, consideramos que la República Dominicana no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al referirse a la hipótesis de proporcionalidad en su evaluación de la credibilidad de las pruebas.

El uso de una tendencia lineal frente a una tendencia cuadrática

6.151. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, después de subrayar que la mayoría de los modelos que presentaron los expertos de la República Dominicana e Indonesia -el IPE y el Profesor List- no podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco, el Grupo Especial explicó que "[l]a forma en que la tendencia de la prevalencia de tabaquismo se modela con respecto al período de la muestra considerado ... acarrea[] consecuencias importantes a la hora de

⁴⁸⁵ La República Dominicana acepta que "[e]l uso de niveles impositivos para tener en cuenta el alto precio del tabaco supone implícitamente que la hipótesis de proporcionalidad se cumple" y que "si no hay proporcionalidad entre la magnitud de un aumento de un impuesto y su efecto, el uso de niveles impositivos es inadecuado para tener en cuenta el alto precio del tabaco". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 561).

⁴⁸⁶ Señalamos que, a diferencia de las preocupaciones del Grupo Especial respecto de la multicolinealidad y la no estacionariedad (que el Grupo Especial formuló por su propia iniciativa), el problema de la hipótesis de proporcionalidad fue señalada por los expertos de una de las partes en el curso de las actuaciones del Grupo Especial. A nuestro juicio, el mero hecho de que las actuaciones del Grupo Especial conlleven un vaivén de opiniones de las partes no debería impedir que un Grupo Especial se base en las preocupaciones y opiniones expresadas por quien tenga la última palabra. Consideramos que cuando un Grupo Especial señala preocupaciones acerca de las pruebas presentadas por las partes por su propia iniciativa se plantea una preocupación distinta. Abordamos los argumentos de las partes relativos al debido proceso en los párrafos 6.226-6.257 *infra*.

⁴⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 581.

⁴⁸⁸ Comunicación del Grupo Especial a las partes, 2 de marzo de 2016, página 3.

⁴⁸⁹ La República Dominicana tampoco planteó esta cuestión al detallar posteriormente esos argumentos el 4 de marzo de 2016, en respuesta a la solicitud del Grupo Especial de que la República Dominicana presentara el fundamento estadístico de su argumento.

decidir si el análisis econométrico puede identificar la repercusión de otras variables".⁴⁹⁰ El Grupo Especial señaló que las variables pertinentes pueden contribuir a generar la tendencia de la prevalencia de tabaquismo, un problema que el Grupo Especial denominó "sobreajuste".⁴⁹¹ Al evaluar los modelos que presentó el Profesor Klick, el experto de Honduras, el Grupo Especial cuestionó sus resultados sobre la base, entre otras cosas, de que "como lo demostró la doctora Chipty, el uso de la tendencia cuadrática para captar la tendencia a la baja de la prevalencia de tabaquismo determina que la variable de precio del tabaco predicha no sea significativa".⁴⁹² El Grupo Especial aclaró que "[c]omo se explicó anteriormente, especificar una tendencia de la prevalencia de tabaquismo excesivamente flexible (es decir, una tendencia cuadrática) probablemente sobreajuste los datos sobre la prevalencia de tabaquismo y torne redundantes cualesquiera otras variables, como las políticas individuales de control del tabaco, que también pueden tener repercusión en la prevalencia".⁴⁹³ Posteriormente, al comparar los modelos de la Dra. Chipty con los de los reclamantes, el Grupo Especial subrayó que "la experta reconoce y aborda el problema del sobreajuste asociado con una tendencia demasiado flexible" y, utilizando variables binarias en lugar de una variable de precio para captar la repercusión de los aumentos del impuesto especial, la Dra. Chipty "evita los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad asociadas con la inclusión de la variable de precio (en combinación con una variable de la tendencia cuadrática)".⁴⁹⁴

6.152. Honduras alega que el Grupo Especial desestimó las pruebas periciales de réplica que presentó el Profesor Klick ante las críticas de la Dra. Chipty relativas al uso de una tendencia cuadrática para analizar los datos de la RMSS.⁴⁹⁵ Honduras señala el argumento del Profesor Klick de que el uso de una tendencia lineal es incorrecto porque los datos descartaban la hipótesis de que la tendencia subyacente en la prevalencia de tabaquismo fuese lineal.⁴⁹⁶ Honduras señala que en el informe del Grupo Especial no se abordó este argumento y, en cambio, se negó la solidez del modelo de Honduras, sobre la base de los argumentos de la Dra. Chipty.⁴⁹⁷

6.153. Australia aduce que el "Profesor Klick no convenció al Grupo Especial de que fuese adecuado utilizar una variable de tendencia cuadrática en lugar de una variable de tendencia lineal".⁴⁹⁸ Australia afirma que Honduras no tiene en cuenta "las razones ampliamente documentadas del Grupo Especial para descartar las pruebas del Profesor Klick".⁴⁹⁹ Australia también aduce que este aspecto de los argumentos de Honduras guarda relación con la facultad del Grupo Especial de sopesar las pruebas y que un "grupo especial no incurre en error por el simple hecho de que se niegue a atribuir a las pruebas el peso que una de las partes cree se les debería atribuir".⁵⁰⁰

6.154. Señalamos que, ante el Grupo Especial, Honduras presentó pruebas periciales en las que su experto, el Profesor Klick, afirmaba que "los datos de la RMSS descartan muy claramente la hipótesis de que la tendencia subyacente en la prevalencia de tabaquismo sea lineal" sobre la base de "una regresión ponderada localmente de la prevalencia media (ponderada) por mes en los datos de la RMSS sobre un indicador temporal", que revelaba una "curvatura cuadrática con respecto a la variable temporal".⁵⁰¹ El Profesor Klick apoyó este análisis con gráficos que mostraban visualmente

⁴⁹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 104.

⁴⁹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 104.

⁴⁹² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 112.

⁴⁹³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 112.

⁴⁹⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁴⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1085 (donde se hace referencia a J. Klick, Third Supplemental Rebuttal Report – A Reply to Dr Chipty and Professor Chaloupka (8 de diciembre de 2015) (tercer informe de réplica suplementario de Klick) (Prueba documental HND-166 presentada al Grupo Especial), párrafos 16-19, 29-32 y 46-48).

⁴⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1085 (donde se hace referencia al tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166 presentada al Grupo Especial), párrafo 16).

⁴⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1085 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 112).

⁴⁹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 941 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 112). (no se reproducen las notas de pie de página)

⁴⁹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 942. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁵⁰⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 943 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.219).

⁵⁰¹ Tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166 presentada al Grupo Especial), párrafos 16-17.

que los datos de la RMSS seguían una tendencia curva en lugar de una tendencia lineal. El Profesor Klick también presentó los resultados de su análisis de la regresión que mostraban que (aunque la tendencia lineal era también estadísticamente significativa) "la tendencia cuadrática es estadísticamente significativa ... [y] genera un R^2 ajustado más alto que los modelos competidores, lo que indica que explica mejor la variación en los datos y genera un menor error cuadrático medio (RMSE) que los otros modelos, por lo que predice mejor los datos observados".⁵⁰²

6.155. El Grupo Especial no abordó explícitamente este argumento. No obstante, señalamos que el Grupo Especial cuestionó el modelo del Profesor Klick sobre la base de que la variable de precio no era estadísticamente significativa y que esto podría atribuirse al sobreajuste (por ejemplo, por el uso de una tendencia cuadrática).⁵⁰³ En concreto, el Grupo Especial declaró que "especificar una tendencia de la prevalencia de tabaquismo excesivamente flexible (es decir, una tendencia cuadrática) probablemente sobreajuste los datos sobre la prevalencia de tabaquismo y torne redundantes cualesquiera otras variables, como las políticas individuales de control del tabaco, que también pueden tener repercusión en la prevalencia".⁵⁰⁴ Por lo tanto, entendemos que el Grupo Especial consideró que aquello que precisamente, en opinión del Profesor Klick, hacía que su tendencia cuadrática fuese superior a una tendencia lineal resultaba, de hecho, problemático porque podría haber dado lugar a una falta de significación estadística con respecto a la variable de precio. En otras palabras, el Grupo Especial sí que explicó por qué consideraba que una tendencia lineal era más útil. Si bien Honduras puede discrepar de la conclusión del Grupo Especial a este respecto, no consideramos que haya demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al estimar el valor relativo de una tendencia cuadrática frente a una tendencia lineal.

Endogeneidad

6.156. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, relativa a si las medidas TPP contribuyeron a reducir dicha prevalencia, el Grupo Especial observó que en las especificaciones del IPE y del Profesor List de una de las variables independientes, en concreto, la "política de control del precio del tabaco" (es decir, los impuestos especiales), se habían incluido en varias ocasiones variables binarias, variables de nivel impositivo y variables de precio.⁵⁰⁵ Al estimar el valor de los distintos tipos de variables, el Grupo Especial subrayó que una variable de precio (a diferencia de una variable binaria o de nivel impositivo) tiene en cuenta *todos* los factores que influyen en el precio, incluidos, aunque sin limitarse a ellos, los aumentos del impuesto especial.⁵⁰⁶ El Grupo Especial se refirió a este aspecto como un problema de "endogeneidad".⁵⁰⁷ El Grupo Especial observó que, a diferencia de otro de los expertos de los reclamantes (Profesor Klick), ni el IPE ni el Profesor List "atend[ieron] al hecho de que las medidas TPP afectarían la variable de precio" y, en consecuencia, sus modelos "no p[odía]n distinguir entre la repercusión específica de la variable de precio y de las medidas TPP", lo que llevó al Grupo Especial a "pone[r] en duda los resultados econométricos basados en la variable de precio".⁵⁰⁸ El Grupo Especial comparó este problema, que en este contexto parece específico del uso de una variable de precio, con la naturaleza "exógena" de una variable binaria o una variable de nivel impositivo.⁵⁰⁹ El Grupo Especial señaló que en la especificación del modelo de la Dra. Chipty se utilizaban variables binarias para captar los aumentos del impuesto especial y, por lo tanto, se evitaba el problema de la endogeneidad.⁵¹⁰

6.157. Posteriormente, en la etapa 3 de su análisis del *consumo de cigarrillos*, al evaluar si las medidas TPP contribuyeron a una reducción del consumo de productos de tabaco, el Grupo Especial observó análogamente que el análisis que había hecho el IPE de los datos de IMS/EOS, que también incluían una variable de precio para tener en cuenta los aumentos del impuesto especial, "no t[uvo] en cuenta la posible repercusión de las medidas TPP sobre los precios del tabaco".⁵¹¹ El Grupo Especial también "p[uso] en duda la validez de los resultados del IPE basados en los datos de Nielsen

⁵⁰² Tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166 presentada al Grupo Especial), párrafo 19.

⁵⁰³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 112.

⁵⁰⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 112.

⁵⁰⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 106-107.

⁵⁰⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵⁰⁷ Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 117 y 120; *ibid.*, apéndice D, párrafos 57, 76 y 115; y la nota 134 al párrafo 104.

⁵⁰⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵⁰⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 106.

⁵¹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵¹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 106.

por ... el uso de la variable de precio".⁵¹² De nuevo, el Grupo Especial señaló que el modelo de la Dra. Chipty fue especificado con variables binarias para captar los aumentos del impuesto especial, con lo que se evitaba el problema de endogeneidad asociada al uso de una variable de precio.⁵¹³

6.158. La República Dominicana aduce que el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas fue incongruente porque: i) aunque el Grupo Especial constató que el modelo de Australia que utilizaba variables de control basadas en el impuesto (variables binarias del impuesto y niveles impositivos) evitaba el problema de la endogeneidad, no extrapola esta constatación a los modelos presentados por la República Dominicana que utilizaban variables basadas en el impuesto⁵¹⁴; y ii) aunque el Grupo Especial rechazó los modelos presentados por la República Dominicana que utilizaban una variable basada en el precio, no rechazó los modelos de Australia que utilizaban una variable de control basada en el precio.⁵¹⁵

6.159. Con respecto al hecho de que el Grupo Especial supuestamente no examinó los modelos de la República Dominicana que utilizaban variables binarias del impuesto y niveles impositivos, Australia aduce que el Grupo Especial examinó los "modelos de la prevalencia [de tabaquismo] 'posteriores' [del IPE] y señaló varias razones para poner en duda la validez y el valor probatorio de los resultados que arrojaban estos modelos".⁵¹⁶ De manera análoga, Australia afirma que los modelos de consumo posteriores de la República Dominicana también fueron criticados por varios motivos.⁵¹⁷ Con respecto al argumento de que el Grupo Especial no examinó el modelo de prevalencia de dos etapas presentado por Australia que utilizaba los niveles de precios, Australia afirma que la "Dra. Chipty nunca respaldó el uso del precio como variable de control" y "señaló de manera sistemática problemas en relación con el uso del precio como variable de control".⁵¹⁸ Además, Australia aduce que el denominado "modelo" identificado por la República Dominicana como el modelo de dos etapas de la Dra. Chipty es, de hecho, "una sola fila en un cuadro donde la Dra. Chipty realizó un análisis de la sensibilidad de varios resultados de modelos" que fue incluido en aras de la "exhaustividad".⁵¹⁹

6.160. Recordamos que el Grupo Especial no rechazó de manera rotunda ningún modelo particular sobre la base de las deficiencias detectadas. Más bien, el Grupo Especial evaluó las pruebas de las partes, empezando por las de los reclamantes, y señaló múltiples razones para poner en duda la fiabilidad de dichas pruebas. El Grupo Especial consideró que las pruebas de Australia eran, en términos relativos, más creíbles y fiables que las pruebas de los reclamantes, al tiempo que reconoció que *ningún* modelo presentado por *ningún* experto era perfecto. En consecuencia,

⁵¹² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 107.

⁵¹³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115.

⁵¹⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 550. La República Dominicana se refiere, en concreto, a su modelo de prevalencia agregado y su modelo de prevalencia de una etapa para los cigarrillos, así como a su modelo de prevalencia agregado para los cigarros. (*Ibid.* (donde se hace referencia a D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (8 de diciembre de 2015) (tercer informe del IPE actualizado) (Prueba documental DOM-375 presentada al Grupo Especial), párrafos 30, 64-66, 84 y 109-112))

⁵¹⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 553. La República Dominicana se refiere en concreto a los modelos de prevalencia de dos etapas presentados por la República Dominicana y Australia. (*Ibid.* (donde se hace referencia a Second Rebuttal Report of Dr Tasneem Chipty (8 de diciembre de 2015) (segundo informe de réplica de Chipty) (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), cuadro 5, fila [B]; y a J. List, A Further Synthesis of the Newly Available Evidence on Australia's Plain Packaging Policy (8 de diciembre de 2015) (tercer informe suplementario de List) (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial)), cuadro 5). Según la República Dominicana, "aunque el Grupo Especial rechazó el enfoque del Profesor List, consideró que el modelo de la Dra. Chipty era suficientemente robusto para utilizarlo como base de sus constataciones sobre la prevalencia de tabaquismo". (*Ibid.*).

⁵¹⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 830. Australia se refiere, en concreto, al uso en estos modelos de "períodos de muestra inadecuados ... y ... variables de tendencia que sobreajustan los datos". (*Ibid.*). Australia también considera que, en su evaluación de la prevalencia de tabaquismo, el IPE se basó en variables binarias del impuesto en sus modelos posteriores, pero "hizo muchos otros cambios ... que el Grupo Especial identificó expresamente como razones adicionales para poner en duda los resultados". (*Ibid.* (con resalte en el original)).

⁵¹⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 830. Australia se refiere al hecho de que estos modelos se basen en la hipótesis de proporcionalidad. (*Ibid.*).

⁵¹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 833.

⁵¹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 833 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, nota 476, donde a su vez se hace referencia al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), cuadro 5, fila [B]).

cualquier incongruencia en el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas de las partes solo puede referirse a las razones que dio el Grupo Especial para concluir que las pruebas de Australia eran, en términos relativos, más creíbles que las pruebas de los reclamantes.

6.161. Recordamos, a este respecto, que el Grupo Especial dio varias razones por las que consideraba que las pruebas de Australia eran más creíbles que las de los reclamantes.⁵²⁰ El razonamiento del Grupo Especial con respecto a la endogeneidad se refería *concretamente* a los modelos de los reclamantes especificados con precios y al hecho de que el modelo primario de la Dra. Chipty *no* se especificó con una variable de precio (con lo que se evitaba el problema de endogeneidad). Entendemos que las preocupaciones de la República Dominicana con respecto al enfoque del Grupo Especial se refieren a lo siguiente: i) el trato que dio el Grupo Especial a los modelos de la República Dominicana que *no* se especificaron con variables de precio; y ii) el trato que dio el Grupo Especial a los modelos de Australia que *sí* se especificaron con una variable de precio.

6.162. Con respecto al trato que dio el Grupo Especial a los modelos de la República Dominicana que no se especificaron con una variable de precio, señalamos que las razones del Grupo Especial para preferir la especificación de la Dra. Chipty fueron, entre otras, el hecho de que la Dra. Chipty: i) abordó la cuestión del sobreajuste; y ii) evitó el problema de la no estacionariedad de las variables de nivel impositivo.⁵²¹ Estas razones por sí solas parecerían indicar que el Grupo Especial *sí* indicó las razones por las que prefería el modelo no especificado con precios de la Dra. Chipty a los modelos no especificados con precios de la República Dominicana. En cualquier caso, el Grupo Especial señaló también que los resultados de la Dra. Chipty eran sólidos frente a especificaciones alternativas, como las fechas de inicio diferentes de las medidas TPP, el uso de una variable de nivel impositivo, el uso de las variables binarias de la reponderación de la muestra, y el hecho de que cuando la Dra. Chipty utilizó el procedimiento del Profesor List para calcular el error estándar (un procedimiento respecto del cual el Grupo Especial había expresado anteriormente sus dudas⁵²²), la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia de tabaquismo seguía siendo negativa y estadísticamente significativa en la mayoría de las especificaciones.⁵²³ Por consiguiente, no consideramos que el Grupo Especial desestimara los modelos de la República Dominicana especificados con variables de nivel impositivo y variables binarias del impuesto y consideramos que el Grupo Especial explicó claramente las razones que le llevaron a concluir que los modelos de la Dra. Chipty eran más creíbles que los modelos de la República Dominicana.

6.163. Pasando al argumento de la República Dominicana de que el Grupo Especial rechazó los modelos presentados por la República Dominicana que utilizaban una variable basada en el precio⁵²⁴, pero no rechazó los modelos de Australia que utilizaban una variable basada en el precio⁵²⁵, señalamos de nuevo que el Grupo Especial no "rechazó" ningún modelo sobre la base de un criterio determinado, sino que más bien sopesó la credibilidad de las pruebas aportadas por las diferentes partes. En cualquier caso, entendemos que este aspecto de los argumentos de la República Dominicana se basa en la afirmación de que el Grupo Especial atribuyó valor probatorio al denominado "modelo de dos etapas" de la Dra. Chipty.

6.164. Señalamos que el análisis que hizo el Grupo Especial de las pruebas de la Dra. Chipty consta de tres párrafos. En el primer párrafo, el Grupo Especial considera que la Dra. Chipty abordó varias de sus inquietudes con respecto a los enfoques de los reclamantes y subraya que la "especificación del modelo de la doctora Chipty incluye ... las *variables binarias de los aumentos del impuesto especial* y, de esta manera, *evita* los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad ... [, así

⁵²⁰ Véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121.

⁵²¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵²² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 109-110 y notas 131-132 al párrafo 110.

⁵²³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121.

⁵²⁴ Recordamos que el Grupo Especial cuestionó los resultados de los modelos basados en el precio sobre la base de la endogeneidad, la multicolinealidad y la no estacionariedad.

⁵²⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 553. La República Dominicana se refiere en concreto a los modelos de prevalencia de dos etapas presentados por la República Dominicana y Australia. (*Ibid.* (donde se hace referencia al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), cuadro 5, fila [B]; y al tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial)), cuadro 5) Según la República Dominicana, "aunque el Grupo Especial rechazó el enfoque del Profesor List, consideró que el modelo de la Dra. Chipty era suficientemente sólido para utilizarlo como base de sus constataciones sobre la prevalencia de tabaquismo". (*Ibid.*)

como] el problema de la no estacionariedad de las variables del precio o del nivel impositivo".⁵²⁶ En el segundo párrafo, el Grupo Especial señala que las pruebas de la Dra. Chipty mostraron que las "especificaciones alternativas" *también* mostraban una "repercusión negativa y estadísticamente significativa de las medidas TPP sobre la prevalencia general de tabaquismo".⁵²⁷ El Grupo Especial explica, en concreto, que estas especificaciones alternativas incluyen una "fecha de inicio diferente de las medidas", el uso de "variable[s] del nivel del impuesto especial" y "variables binarias de la reponderación de la muestra".⁵²⁸ En apoyo de estas afirmaciones, el Grupo Especial se remite a una página del tercer informe de réplica de la Dra. Chipty que contiene "análisis de sensibilidad" de tres modelos, que se proponen mostrar que "[c]uando la hipótesis de proporcionalidad es válida, tanto los modelos con indicadores de impuestos como los modelos con una variable de nivel impositivo producen estimaciones fiables".⁵²⁹ Ninguno de los modelos que se mencionan en el tercer informe de réplica está basado en variables de nivel de precio. El Grupo Especial también se remitió a dos páginas del segundo informe de réplica de la Dra. Chipty.⁵³⁰ Las dos páginas contienen el nuevo análisis que hizo la Dra. Chipty de cinco modelos presentados por los reclamantes, uno de los cuales es de hecho el análisis de dos etapas del Profesor List que incorporaba variables de nivel de precio. Observamos que tres de estos cinco modelos son muy similares (si no idénticos) a los modelos que la Dra. Chipty reevaluó posteriormente en su análisis de sensibilidad en el tercer informe de réplica. Por último, en el tercer párrafo de su análisis, el Grupo Especial concluyó que "basándose en los datos econométricos más recientes presentados por Australia, hay indicios econométricos de que las medidas TPP y las ASG ampliadas contribuyeron" a reducir la prevalencia de tabaquismo.⁵³¹

6.165. Entendemos que la República Dominicana considera que el Grupo Especial atribuyó valor probatorio o peso al supuesto modelo de dos etapas de la Dra. Chipty porque este es uno de los modelos a que se hace referencia en las páginas del segundo informe de réplica de Chipty mencionado por el Grupo Especial en el segundo párrafo de su análisis. Señalamos, no obstante, que en el primer párrafo de su análisis, el Grupo Especial indica claramente que una de las ventajas de la "especificación del modelo de la doctora Chipty" es que *no* utiliza variables de nivel de precio.⁵³² Por consiguiente, este párrafo no indica en modo alguno que el Grupo Especial atribuyera peso a ningún modelo que utilizara una variable de nivel de precio y, de hecho, indica que el Grupo Especial *no* atribuyó ningún peso a ningún modelo semejante. Además, en su segundo párrafo, cuando el Grupo Especial señaló que los resultados econométricos de la Dra. Chipty eran "sólid[os] con respecto a las especificaciones alternativas, incluid[o] ... el uso de una variable del nivel del impuesto especial"⁵³³, el Grupo Especial identificó determinadas especificaciones que le llevaron a esta conclusión y mientras que mencionó concretamente una especificación que utilizaba variables de nivel impositivo, el Grupo Especial *no* mencionó ningún modelo que utilizara variables de nivel de precio. Además, según se señala en la conclusión del Grupo Especial sobre las pruebas de la Dra. Chipty, "*los datos econométricos más recientes* presentados por Australia" indican que las medidas TPP contribuyeron a reducir la prevalencia de tabaquismo.⁵³⁴ La Dra. Chipty presentó su último modelo econométrico en su tercer informe de réplica. La República Dominicana no ha identificado en ninguna parte del tercer informe de réplica que la Dra. Chipty utilizara un modelo especificado con una variable de precio. Señalamos que la única razón para considerar que el Grupo Especial, atribuyó, de hecho, un peso probatorio a la especificación de dos etapas de la Dra. Chipty es que es uno de los cinco modelos identificados en las páginas pertinentes del segundo informe de réplica de la Dra. Chipty a los que hace referencia el Grupo Especial en su nota que indica que los resultados de la Dra. Chipty eran sólidos con respecto a las especificaciones alternativas. Sin embargo, es posible que esta nota tenga por objeto referirse exclusivamente a los otros cuatro modelos identificados en esa página del segundo informe de réplica de la Dra. Chipty (ninguno de los cuales incluía una variable de precio).

6.166. En definitiva, no consideramos que el Grupo Especial atribuyera ningún peso al modelo de la Dra. Chipty especificado con precios y, en consecuencia, el Grupo Especial no trató de manera

⁵²⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120. (sin resalte en el original)

⁵²⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121.

⁵²⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121.

⁵²⁹ Tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605 presentada al Grupo Especial), párrafo 30 y cuadro 4, página 22.

⁵³⁰ Segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), páginas 33 y D.2.

⁵³¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 122.

⁵³² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵³³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121.

⁵³⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 122. (sin resalte en el original)

incongruente los modelos de las partes especificados con precios. Asimismo, señalamos que, incluso si el Grupo Especial atribuyó algún peso al modelo de la Dra. Chipty especificado con precios, fue solo a modo de apoyo del modelo primario de la Dra. Chipty, especificado con variables binarias.⁵³⁵ No vemos ninguna incoherencia en el hecho de que el Grupo Especial atribuyera más peso al modelo con variables binarias del impuesto que a los modelos especificados con precios elaborados por la República Dominicana y por la Dra. Chipty. En otras palabras, el hecho de que el Grupo Especial considerara que el modelo de la Dra. Chipty con variables binarias del impuesto era el modelo más pertinente y probatorio no queda en entredicho por el hecho de que puede haber habido un modelo especificado con precios inferior que contradijera el modelo especificado con precios similarmente inferior de la República Dominicana.

6.167. Por las razones expuestas, no consideramos que la República Dominicana haya demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al referirse a la endogeneidad en su evaluación de las pruebas econométricas presentadas por las partes.⁵³⁶

Multicolinealidad

6.168. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, además de identificar la endogeneidad de la variable de precio como posible preocupación, el Grupo Especial también observó "indicios de multicolinealidad entre la variable de precio y la variable de tendencia lineal, en particular cuando el período de la muestra se circunscribió a julio de 2006 a septiembre de 2015".⁵³⁷ El Grupo Especial explicó, sin hacer referencia a ninguna prueba obrante o no en el expediente del Grupo Especial, que la multicolinealidad se presenta "cuando dos o más variables explicativas transmiten la misma información", en cuyo caso "el poder predictivo del modelo no se modifica, pero el intervalo de confianza de las estimaciones de los coeficientes puede aumentar" y "las estimaciones de los coeficientes pueden volverse muy sensibles a cambios menores en las especificaciones del modelo o los datos".⁵³⁸ El Grupo Especial consideró que una manera de mitigar la multicolinealidad es aumentar el período de la muestra, pero que "incluir otra tendencia lineal específica del período de julio de 2006 a septiembre de 2015, como propuso el IPE, no resolvería el problema".⁵³⁹ El Grupo Especial también observó que "[l]a multicolinealidad se confirma mediante el estadístico de los factores de inflación de la varianza [(VIF)]".⁵⁴⁰ Habida cuenta de que los expertos de los reclamantes no abordaron los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad, el Grupo Especial puso en duda los resultados econométricos basados en la variable de precio.⁵⁴¹ Al evaluar el análisis de la Dra. Chipty, el Grupo Especial observó que el uso que esta hacía de variables binarias para captar los aumentos del impuesto especial evitaba los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad asociadas con la variable de precio.⁵⁴²

6.169. En la etapa 3 de su análisis del *consumo de cigarrillos*, el Grupo Especial subrayó que el análisis modificado de la tendencia y el modelo autorregresivo integrado de promedio móvil con variable explicativa (ARIMAX) del IPE incluían "una variable de precio y otra de la tendencia temporal, las cuales comparten una gran colinealidad".⁵⁴³ Del mismo modo, el Grupo Especial señaló

⁵³⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121. Las constataciones del Grupo Especial muestran que el Grupo Especial atribuyó un peso mayor a la última especificación de modelo y consideró que las especificaciones alternativas de la Dra. Chipty eran pertinentes solo en la medida en que confirmaran la robustez del modelo con variables binarias de la Dra. Chipty.

⁵³⁶ Señalamos el argumento de la República Dominicana de que las constataciones del Grupo Especial no estaban suficientemente razonadas y no eran adecuadas, porque el Grupo Especial no abordó el hecho de que el IPE demostró que "incluso cuando se utilizaron variables binarias del impuesto para tener en cuenta el alto precio del tabaco en ... modelos agregados y de una etapa, no constató un efecto de las medidas TPP" y, en consecuencia, el IPE "concluyó que no había pruebas de 'endogeneidad'". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 531 (con resalte en el original). Véanse también *ibid.*, párrafos 555-557; y la comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 835). En nuestra opinión, este aspecto de los argumentos de la República Dominicana equivale a volver a plantear los aspectos fácticos del asunto en apelación.

⁵³⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵³⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵³⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵⁴⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 119 al párrafo 107.

⁵⁴¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵⁴² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵⁴³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 106. El Grupo Especial también señaló que la multicolinealidad resultaba "incluso más notable cuando ... el modelo ARIMAX inclu[ía] cinco rezagos del logaritmo de las variables de las ventas *per capita* y la variable de precio". (*Ibid.*).

que en diferentes etapas del modelo de diferencia en la diferencia del Profesor Klick, basado en varios conjuntos de datos, existía multicolinealidad entre diferentes variables.⁵⁴⁴ El Grupo Especial no hizo referencia a la multicolinealidad al evaluar los modelos de Australia, elaborados por la Dra. Chipty.⁵⁴⁵

6.170. Los apelantes aducen que, al basarse en el concepto de multicolinealidad para criticar los modelos de las partes, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al comprometer los derechos de debido proceso de los reclamantes, al abonar los argumentos de Australia, al tratar las pruebas de las partes de manera incongruente y al no dar explicaciones razonadas y adecuadas de sus constataciones.⁵⁴⁶

6.171. Abordamos los argumentos de los apelantes relativos al debido proceso (incluidos los argumentos de la República Dominicana de que el Grupo Especial abonó los argumentos de Australia) en los párrafos 6.226-6.257 *infra*. Con respecto a los argumentos de la República Dominicana de que el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de sus constataciones⁵⁴⁷, consideramos que el Grupo Especial explicó adecuadamente el fundamento de sus preocupaciones en relación con la multicolinealidad.⁵⁴⁸ Tras explicar, en los párrafos 116 del apéndice B y 107 del apéndice C, por qué consideraba que la presencia de multicolinealidad en un modelo es una razón para dudar de la fiabilidad de ese modelo, el Grupo Especial identificó a lo largo de su análisis determinados modelos que adolecían o no adolecían de estas deficiencias. No vemos ninguna razón para que el Grupo Especial no aplique pruebas estadísticas de rigor bien conocidas a elementos probatorios que son de naturaleza estadística en tanto el Grupo Especial asegure que se respetan los derechos de debido proceso de las partes, y, en nuestra opinión, los apelantes no han demostrado que la brevedad de la explicación del Grupo Especial de por qué y cómo comprobó la multicolinealidad implique que no hizo una evaluación objetiva del asunto.

6.172. En cuanto a los argumentos de los apelantes de que el Grupo Especial trató de manera incongruente las pruebas al utilizar la multicolinealidad, ambos apelantes aducen que el Grupo Especial criticó los análisis de los expertos de Honduras y la República Dominicana por adolecer del problema de la multicolinealidad, pero no evaluó el mismo problema en los modelos de Australia.⁵⁴⁹ Honduras señala la afirmación del Grupo Especial de que en los modelos de prevalencia de tabaquismo elaborados por la Dra. Chipty se "evit[aron] los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad"; no obstante, Honduras afirma que "no hay ningún análisis de ningún tipo" que muestre que el Grupo Especial examinó efectivamente la multicolinealidad en los modelos de la Dra. Chipty.⁵⁵⁰ Honduras también aduce que el Grupo Especial se contradice al constatar en un momento determinado que el problema de la multicolinealidad es "menos acentuado" cuando se utilizan variables binarias del impuesto y al señalar posteriormente que la Dra. Chipty "evita" el problema de la multicolinealidad utilizando esas mismas variables binarias.⁵⁵¹ De manera análoga, la República Dominicana aduce que "el Grupo Especial afirmó que los modelos de prevalencia de

⁵⁴⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 109-110.

⁵⁴⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 115-117. Asimismo, señalamos que, en la etapa 2 de su análisis del consumo de cigarrillos, el Grupo Especial indicó que la única variable explicativa que era estadísticamente significativa en los modelos dinámicos del Profesor List basados en los datos de IMS/EOS era "la variable de tendencia temporal cuando la variable de precio se omit[ía] o e[ra] sustituida por una variable del nivel impositivo", lo que indicaba que "la variable de precio y la tendencia temporal podrían ser colineales", de modo que "una de ellas se vuelve redundante". (Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 43). Al igual que en el análisis realizado en la etapa 3, el Grupo Especial no hizo referencia a la multicolinealidad al comparar las pruebas de Australia con las pruebas de los reclamantes y, de hecho, el Grupo Especial indicó que "segu[ía] abrigando dudas" acerca de las pruebas de Australia. (Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 45. Véase también *ibid.*, párrafo 46).

⁵⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1036-1045; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 362-424.

⁵⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 413-418.

⁵⁴⁸ Véase el informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116; apéndice C, párrafos 107-108 y 120, nota 119 al párrafo 107 y nota 122 al párrafo 108; y apéndice D, párrafos 43, 106 y 109-110. Véase también el apéndice E, párrafos 29 y 51-54.

⁵⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1038; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 407-408 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 107 y 120) y 411.

⁵⁵⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1043-1044 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120).

⁵⁵¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1044 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 122 al párrafo 108).

tabaquismo presentados por Australia no se veían afectados por la multicolinealidad" y "aceptó las especificaciones del modelo como pruebas sólidas de que las medidas TPP habían reducido la prevalencia de tabaquismo", sin "indic[ar] si había aplicado una prueba VIF a estos modelos y, si lo hizo, cuáles fueron los resultados de la prueba" y sin pronunciarse sobre "si los modelos de *consumo* presentados por Australia se veían afectados por la multicolinealidad".⁵⁵²

6.173. Australia aduce que el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas econométricas presentadas por los apelantes fue totalmente congruente con la asignación de la carga de la prueba.⁵⁵³ Australia aduce que, dado que los apelantes no satisficieron su carga de la prueba inicial, no era necesario que el Grupo Especial evaluara los modelos de Australia con el rigor reservado a las pruebas de réplica, como sería adecuado si la carga de la prueba se hubiese trasladado a Australia.⁵⁵⁴ Por consiguiente, Australia considera que el Grupo Especial evaluó debidamente las pruebas a los efectos de determinar si se satisfizo la carga de la prueba. En consecuencia, a juicio de Australia, no hay infracción del artículo 11 del ESD por falta de imparcialidad en su indagación.⁵⁵⁵

6.174. Recordamos que el Grupo Especial no "descartó" ningún modelo o prueba sobre la base de la multicolinealidad. Más bien, el Grupo Especial consideró que los modelos que adolecían de multicolinealidad pueden ser menos fiables que los modelos que no adolecen de multicolinealidad. Cabe destacar que el Grupo Especial evaluó la fiabilidad de distintos modelos sobre la base de una serie de consideraciones, una de las cuales era la presencia de multicolinealidad. Al comparar los modelos de prevalencia de tabaquismo y de consumo presentados por la Dra. Chipty con los modelos de prevalencia de tabaquismo y de consumo presentados por los reclamantes, el Grupo Especial no constató que los modelos de la Dra. Chipty carecieran de deficiencias o subsanaran todos los problemas presentes en los modelos de los reclamantes. Más bien, el Grupo Especial afirmó que en los modelos de la Dra. Chipty se abordaban algunas de las inquietudes que el Grupo Especial había planteado con respecto de las pruebas de los reclamantes.⁵⁵⁶ En consecuencia, de ello no se desprende que el Grupo Especial considerara que los modelos de la Dra. Chipty fuesen superiores sobre la base de que no adolecían de multicolinealidad, salvo en la medida en que el Grupo Especial lo indicó explícitamente.

6.175. Teniendo presente lo anterior, señalamos que, en el contexto de comparar los modelos de *prevalencia de tabaquismo* presentados por los participantes, la única referencia que hizo el Grupo Especial a la multicolinealidad como razón para preferir los modelos de la Dra. Chipty se refería muy concretamente al hecho de que el modelo de la Dra. Chipty especificado con variables binarias evitaba el problema de la multicolinealidad presente en un modelo especificado con precios.⁵⁵⁷ No vemos cómo se puede dudar de la veracidad de esta constatación sin cuestionar la evaluación de las pruebas realizada por el Grupo Especial. En cualquier caso, esta constatación no indica que las especificaciones alternativas de la Dra. Chipty (es decir, los modelos especificados con niveles

⁵⁵² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 407-408 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 107 y 120) y párrafo 411. (no se reproduce el resalte (párrafo 408); con resalte en el original (párrafo 411)) La República Dominicana aduce además que, al aplicar el estadístico de prueba VIF con el mismo valor umbral del VIF de 14 a los modelos de Australia, "cada uno de los modelos de una etapa y cada uno de los modelos de prevalencia de Australia que tenían en cuenta la ponderación, en los que el Grupo Especial se basó para constatar la existencia de una repercusión efectiva de las medidas TPP sobre la prevalencia de tabaquismo, presentan un VIF de 14 o superior", lo que significa que también se ven "afectados por el tipo de problema de multicolinealidad identificado por el Grupo Especial". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 410 (con resalte en el original)) Señalamos que los argumentos de la República Dominicana relativos a su propia prueba del estadístico VIF no son apropiados en apelación y esencialmente exigen que el Órgano de Apelación cuestione la evaluación de las pruebas realizada por el Grupo Especial. Por consiguiente, nos abstenemos de tener en cuenta estos argumentos. (Véanse los párrafos 6.329-6.331 *infra*).

⁵⁵³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 737-738.

⁵⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 741-742.

⁵⁵⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 744-745.

⁵⁵⁶ Al comparar los modelos de prevalencia de tabaquismo presentados por los participantes, el Grupo Especial afirmó que "[la Dra. Chipty] ... abord[ó] muchas inquietudes planteadas [por el Grupo Especial] al examinar los métodos y resultados de los reclamantes". (Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120). Al comparar los modelos de consumo presentados por los participantes, el Grupo Especial afirmó que "algunas inquietudes que plante[ó] con respecto a los métodos y resultados de los datos del mercado de los expertos por la República Dominicana, Honduras e Indonesia [fueron] abordadas en cierta medida por la doctora Chipty". (*Ibid.*, apéndice D, párrafo 115).

⁵⁵⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

impositivos) no adolecieran precisamente del mismo problema de multicolinealidad que los modelos de los reclamantes.

6.176. Con respecto a la consideración de Honduras de que las constataciones del Grupo Especial son contradictorias porque el Grupo Especial constató que "el problema de la multicolinealidad es menos acentuado cuando se usan variables binarias del aumento del impuesto especial", señalamos que Honduras trata de generalizar una observación que el Grupo Especial hizo en el contexto específico de evaluar el nivel de multicolinealidad presente en los modelos del Profesor List al tratar de tener en cuenta las correcciones de la reponderación en los datos de la RMSS.⁵⁵⁸ Así pues, el Grupo Especial no constató que cada uno de los modelos presentado por cada una de las partes adoleciera de multicolinealidad y, en cualquier caso, aunque el Grupo Especial hubiera formulado semejante constatación genérica, no vemos ninguna contradicción entre esa constatación y la conclusión definitiva del Grupo Especial de que el modelo de la Dra. Chipty especificado con una variable binaria evitaba el problema de la multicolinealidad presente en un modelo especificado con precios.⁵⁵⁹ En resumen, la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad como razón para favorecer los modelos de la Dra. Chipty fue extremadamente limitado y no muestra una falta de imparcialidad.

6.177. Con respecto a la comparación que realizó el Grupo Especial de los modelos de *consumo* presentados por los participantes, el Grupo Especial no indicó de ningún modo que los modelos de la Dra. Chipty fuesen más creíbles que los de los reclamantes sobre la base de que los modelos de la Dra. Chipty no adolecían de multicolinealidad.⁵⁶⁰ Dado que las razones del Grupo Especial para considerar que los modelos de consumo de la Dra. Chipty eran más fiables que los modelos de consumo de los reclamantes no guardaban relación con la multicolinealidad, cabe inferir que el Grupo Especial no aplicó un criterio de solidez diferente al evaluar los modelos de la Dra. Chipty que el que aplicó a los modelos de los reclamantes.

6.178. Por consiguiente, consideramos que el Grupo Especial no trató de manera incongruente las pruebas de los participantes al estimar el valor relativo de las pruebas econométricas de los reclamantes y las pruebas econométricas de Australia con respecto a la multicolinealidad.

No estacionariedad

6.179. Como se ha afirmado *supra*, en la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, el Grupo Especial "p[uso] en duda los resultados econométricos basados en la variable de precio" porque los expertos de la República Dominicana no habían abordado el problema de la multicolinealidad o la posible repercusión de las medidas TPP sobre los precios.⁵⁶¹ El Grupo Especial "[t]om[ó] nota asimismo de que los informes de expertos presentados por la República Dominicana, Honduras e Indonesia (y Australia) no mencionan que las pruebas [estándar] de raíz unitaria indican que las variables de nivel impositivo y de precio no son estacionarias".⁵⁶² El Grupo Especial explicó que "[s]e dice de una variable que es estacionaria cuando sus propiedades estadísticas, como la media y la varianza, son constantes a lo largo del tiempo".⁵⁶³ El Grupo Especial afirmó que "la teoría econométrica recomienda no elaborar un modelo cuando la variable dependiente (es decir, la prevalencia de tabaquismo) es estacionaria y una de las variables explicativas (es decir, el nivel impositivo o el precio) no es estacionaria, a fin de evitar resultados espurios y sesgados".⁵⁶⁴

⁵⁵⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 122 al párrafo 108.

⁵⁵⁹ En la medida en que la afirmación del Grupo Especial de que "el problema de la multicolinealidad es menos acentuado cuando se usan variables binarias del aumento del impuesto especial" es una afirmación universalmente aplicable, parecería que efectivamente apoya la conclusión del Grupo Especial de que un modelo especificado con variables binarias del impuesto es más sólido que un modelo especificado con variables de precio. (Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 122 al párrafo 108) Esto es así porque el Grupo Especial aparentemente no consideró que la multicolinealidad fuese un problema binario por el que un modelo debía ser "aceptado" o "descartado" en función de si adolecía o no de *alguna* multicolinealidad. Más bien, el Grupo Especial consideró que un modelo podría adolecer "más" o "menos", de manera que un modelo especificado con variables binarias "evita" el problema específico de la multicolinealidad presente en un modelo especificado con precios. (Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120). Esto se desprende del hecho de que el Grupo Especial consideró pertinente señalar que el problema de la multicolinealidad era "menos acentuado" en los modelos del Profesor List cuando se utilizaban variables binarias.

⁵⁶⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 115-116.

⁵⁶¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵⁶² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵⁶³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 120 al párrafo 107.

⁵⁶⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

Las constataciones del Grupo Especial indican que una "prueba[] estándar de raíz unitaria" puede revelar si una variable es estacionaria.⁵⁶⁵ Al evaluar las pruebas de Australia, el Grupo Especial observó que el uso por la Dra. Chipty de variables binarias del impuesto "evita[ba] el problema de la no estacionariedad de las variables del precio o del nivel impositivo".⁵⁶⁶ El Grupo Especial señaló que, en cualquier caso, los resultados de la Dra. Chipty eran sólidos con respecto a las especificaciones alternativas, incluido el uso de una variable de nivel impositivo.⁵⁶⁷

6.180. En la etapa 3 de su análisis del *consumo de cigarrillos*, el Grupo Especial subrayó que, en su análisis de los datos de IMS/EOS, el IPE "no t[uvo] en cuenta que [parece que] la variable de precio y la variable de nivel impositivo no son estacionarias".⁵⁶⁸ Con respecto al análisis del Profesor Klick, el Grupo Especial cuestionó uno de sus modelos sobre la base de que "ninguna de las variables explicativas, excepto la constante, es estadísticamente significativa".⁵⁶⁹ El Grupo Especial observó, a este respecto, que la "variable que notifica el número de tiendas abarcadas por los datos de Aztec no es estacionaria".⁵⁷⁰ En su análisis de las pruebas de Australia, el Grupo Especial observó que el modelo de la Dra. Chipty especificado con variables binarias del impuesto especial "evita ... el problema de la raíz unitaria de las variables de precio o de nivel impositivo".⁵⁷¹ El Grupo Especial señaló que los resultados de la Dra. Chipty eran sólidos con respecto a *algunas* especificaciones alternativas, pero subrayó que los efectos de las medidas TPP dejaban de ser estadísticamente significativos cuando las variables binarias del impuesto eran sustituidas por una variable de nivel impositivo.⁵⁷² Sin embargo, el Grupo Especial señaló también que "la puesta a prueba de las especificaciones indica que los niveles impositivos no son apropiados" y que "[a]demás, es probable que la variable de niveles impositivos no sea estacionaria".⁵⁷³

6.181. Los apelantes afirman que la utilización por el Grupo Especial de la no estacionariedad para criticar los modelos presentados por las partes era incompatible con el artículo 11 del ESD porque: i) comprometió los derechos de debido proceso de los reclamantes; ii) abonó los argumentos de Australia; iii) trató las pruebas de las partes de manera incongruente; y iv) no dio explicaciones razonadas y adecuadas de sus constataciones.⁵⁷⁴

6.182. Abordamos los argumentos de los apelantes relativos al debido proceso (incluido el argumento de que el Grupo Especial abonó los argumentos de Australia) *infra*.⁵⁷⁵ Con respecto a los argumentos de la República Dominicana de que el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de sus constataciones⁵⁷⁶, consideramos que el Grupo Especial explicó adecuadamente el fundamento de sus preocupaciones en relación con la no estacionariedad.⁵⁷⁷ No vemos ninguna razón para que el Grupo Especial no aplique pruebas estadísticas de rigor bien conocidas a elementos probatorios que son de naturaleza estadística en tanto el Grupo Especial asegure que se respetan los derechos de debido proceso de las partes, y, en nuestra opinión, los apelantes no han demostrado que la brevedad de la explicación del Grupo Especial de por qué y cómo comprobó la no estacionariedad implique que no hizo una evaluación objetiva del asunto sometido a su consideración.

6.183. En lo que concierne a los argumentos de los apelantes relativos a la utilización supuestamente incongruente de la no estacionariedad por el Grupo Especial al evaluar las pruebas de las partes, los apelantes aducen que el Grupo Especial criticó varios de los modelos presentados

⁵⁶⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107; e *ibid.*, apéndice D, nota 46 al párrafo 43.

⁵⁶⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵⁶⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121.

⁵⁶⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 106.

⁵⁶⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 109. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁵⁷⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice D, nota 146 al párrafo 109.

⁵⁷¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115.

⁵⁷² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁵⁷³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁵⁷⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1046-1052; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 267-361.

⁵⁷⁵ Véanse los párrafos 6.226-6.257 *infra*.

⁵⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 347-353.

⁵⁷⁷ Tras explicar, en el párrafo 107 del apéndice C, por qué consideraba que la presencia de la no estacionariedad en un modelo es una razón para dudar de la fiabilidad de ese modelo, el Grupo Especial identificó a lo largo de todo su análisis determinados modelos que adolecían o no de esta deficiencia. (Véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 107 y 120, y nota 120 al párrafo 107; *ibid.*, apéndice D, párrafos 44, 106 y 116, nota 46 al párrafo 43 y nota 146 al párrafo 109).

por los reclamantes sobre la base de que adolecían de no estacionariedad, pero no evaluó si los modelos de Australia adolecen del mismo problema.⁵⁷⁸ En opinión de Honduras, el Grupo Especial no indicó si había "examinado si las pruebas de Australia adolecían de un problema de estacionariedad similar".⁵⁷⁹ Por su parte, la República Dominicana afirma que el trato que dio el Grupo Especial a las pruebas fue incongruente por tres razones. En primer lugar, la República Dominicana afirma que el Grupo Especial se basó en la no estacionariedad para negar la solidez de los modelos de la República Dominicana que utilizaban variables de precio o de nivel impositivo, pero se basó en los modelos econométricos de Australia, aun cuando esos modelos utilizaban variables de precio.⁵⁸⁰ En segundo lugar, la República Dominicana sostiene que las pruebas estándar de raíz unitaria aplicadas a los modelos de la Dra. Chipty que utilizaban variables binarias del impuesto muestran que dichas variables no eran estacionarias.⁵⁸¹ En tercer lugar, la República Dominicana sostiene que el Grupo Especial fue incongruente al aceptar los modelos de la Dra. Chipty que utilizaban variables binarias del impuesto y desestimar los modelos de la República Dominicana que utilizaban dichas variables.⁵⁸²

6.184. Australia aduce que el argumento de la República Dominicana "malinterpreta la carga de la prueba en la presente diferencia, así como el fin con el que Australia presentó las pruebas de réplica de la Dra. Chipty".⁵⁸³ Según Australia, habida cuenta de que la Dra. Chipty estaba simplemente refutando las pruebas periciales de la República Dominicana, el Grupo Especial "no necesitaba constatar que las pruebas de réplica de la Dra. Chipty corregían todas las deficiencias que presentaban los modelos econométricos de los reclamantes ... para constatar que las pruebas aportadas por los *reclamantes* eran insuficientes para satisfacer su obligación de probar que ninguna parte de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podía atribuirse a las medidas TPP".⁵⁸⁴ Australia también afirma que el Grupo Especial no estaba obligado a constatar que la Dra. Chipty subsanó todos los defectos de los modelos de los reclamantes a fin de constatar que los modelos "revisados por la Dra. Chipty en determinados aspectos importantes, aportaban 'algunas pruebas econométricas' que indicaban que las medidas TPP habían hecho una contribución estadísticamente significativa a las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo".⁵⁸⁵

6.185. Recordamos que el Grupo Especial no trataba de evaluar si los modelos carecían de errores, sino más bien la credibilidad de las pruebas de los reclamantes y de las pruebas contradictorias de Australia. El Grupo Especial no tenía que constatar que las pruebas de Australia subsanaban *todas*

⁵⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1046-1051; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 330-346. Honduras se refiere a la constatación del Grupo Especial de que las pruebas estándar de raíz unitaria indicaban que las variables de nivel impositivo y de precio no eran estacionarias. (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1047 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107)). Honduras también se refiere a varios modelos de consumo que el Grupo Especial supuestamente descartó sobre la base de la no estacionariedad. (*Ibid.*, párrafos 1048-1050 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 44 y 106)).

⁵⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1051.

⁵⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 336 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120). La República Dominicana se refiere concretamente a la constatación del Grupo Especial de que el modelo de dos etapas del Profesor List se veía afectado por la no estacionariedad y podía producir resultados sesgados porque utilizaba el precio como variable de control del alto precio del tabaco, y su constatación de que "el modelo de dos etapas de la Dra. Chipty, que ... utilizaba el *precio* como variable de control del alto precio del tabaco, no se veía afectado por la no estacionariedad ... y producía resultados *fiabiles*". (*Ibid.*, párrafos 337-338 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 107 y 120) (con cursivas y subrayado en el original)).

⁵⁸¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 342. La República Dominicana sostiene que el Grupo Especial "debía haber llegado a la misma conclusión respecto de los modelos de Australia a la que llegó respecto de los modelos de la República Dominicana". (*Ibid.*, párrafo 343). La República Dominicana también señala que "[e]n cualquier caso, el Grupo Especial no ... d[io] ninguna explicación de que el uso de variables binarias del impuesto 'evita el problema de la no estacionariedad de las variables de precio o de nivel impositivo'". (*Ibid.*, párrafo 342) (no se reproduce la nota de pie de página)

⁵⁸² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 345 (donde se hace referencia al tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375 presentada al Grupo Especial), cuadros 2.1-1, 2.1-4, 2.1-7, 2.2-1 a 2.2-4, 2.2-6 y 2.3-1 a 2.3-4; y a D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Summary of Findings: Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (1 de febrero de 2016) (informe resumido del IPE) (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial), cuadros 3.1-2, fila [A], 3.1-3, 3.2-2 a 3.2-4 y 3.3-2, fila [A]).

⁵⁸³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 771.

⁵⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 771. (con resalte en el original)

⁵⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 771.

las deficiencias presentes en las pruebas de la República Dominicana a fin de constatar que las pruebas de Australia eran más creíbles. Por consiguiente, procedemos a examinar si actuó de manera incompatible al evaluar las pruebas, en la medida en que se basó en la no estacionariedad como razón específica para considerar que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes.

6.186. A este respecto, señalamos que el Grupo Especial se basó en el concepto de no estacionariedad, entre otras cosas, en sus análisis de la prevalencia de tabaquismo y del consumo, para constatar que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes. Teniendo presente lo anterior, pasamos a abordar las distintas alegaciones de incompatibilidad formuladas por los apelantes.

6.187. Primero, con respecto al argumento de que el Grupo Especial se basó en el modelo de la Dra. Chipty especificado con una variable de precio mientras que descartó los modelos de los reclamantes especificados con precios sobre la base, entre otras cosas, de la no estacionariedad, hemos abordado un argumento similar *supra* y hemos concluido que el Grupo Especial no atribuyó ningún peso al modelo de dos etapas (especificado con precios) de la Dra. Chipty en su análisis de la prevalencia de tabaquismo.⁵⁸⁶ En la medida en que el Grupo Especial no atribuyó ningún peso en su análisis de la prevalencia de tabaquismo al modelo de la Dra. Chipty especificado con variables de precio, se trataba simplemente de señalar que este modelo alternativo (e inferior) respaldaba la conclusión del modelo principal superior de la Dra. Chipty (especificado con variables binarias del impuesto).⁵⁸⁷ No vemos ningún indicio en el análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial de que este se basara en ningún modelo especificado con precios en absoluto.⁵⁸⁸ Por consiguiente, no vemos ninguna incongruencia en el trato que dio el Grupo Especial a los modelos de las partes especificados con precios.

6.188. Con respecto al argumento de que el Grupo Especial debía haber constatado que los modelos de Australia especificados con variables binarias del impuesto adolecían de no estacionariedad, señalamos que las constataciones del Grupo Especial, leídas en los términos en que están formuladas, indican que el Grupo Especial sí que evaluó la no estacionariedad en todos los modelos.⁵⁸⁹ En apelación, la República Dominicana ha aducido que, como cuestión de hecho, el Grupo Especial se equivocó y que los modelos de Australia especificados con variables binarias sí que adolecen de no estacionariedad.⁵⁹⁰ En nuestra opinión, este argumento equivale simplemente a volver a plantear los hechos y obliga al Órgano de Apelación a cuestionar las constataciones de hecho formuladas por el Grupo Especial. Nos abstenemos de hacerlo.

6.189. Por último, con respecto al argumento de que el Grupo Especial aceptó los modelos de Australia especificados con variables binarias del impuesto, pero desestimó los modelos de los reclamantes especificados con dichas variables, recordamos que la no estacionariedad era solo una inquietud en que se basó el Grupo Especial para sopesar la credibilidad de las pruebas de las partes. En su análisis de la prevalencia de tabaquismo, el Grupo Especial subrayó que el modelo de la Dra. Chipty especificado con variables binarias del impuesto evitaba el problema del sobreajuste y era sólido con respecto a las especificaciones alternativas.⁵⁹¹ De manera análoga, en su análisis del consumo, el Grupo Especial subrayó que "una parte de la especificación del modelo de la doctora Chipty está basada en la primera especificación propuesta por el IPE, pero modificada para tener en

⁵⁸⁶ Véanse los párrafos 6.163-6.166 *supra*.

⁵⁸⁷ Véase el párrafo 6.166 *supra*.

⁵⁸⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 115-116. En particular, señalamos que el Grupo Especial abordó específicamente el hecho de que los modelos de la Dra. Chipty especificados con una variable de nivel impositivo no daban el mismo resultado que su modelo especificado con una variable binaria del impuesto. El Grupo Especial explicó por qué consideró que esto no era un defecto fundamental. (Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116). El hecho de que el Grupo Especial no se refiriera a ningún modelo especificado con precios refuerza nuestra interpretación de que el Grupo Especial no atribuyó peso probatorio a ningún modelo especificado con precios, incluido ningún modelo de este tipo presentado por Australia.

⁵⁸⁹ Esto se desprende de las declaraciones formuladas por el Grupo Especial en los apéndices C y D de que el uso de variables binarias del impuesto evita el problema de la no estacionariedad de las variables de precio o de nivel impositivo. (Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120; *ibid.*, apéndice D, párrafo 115).

⁵⁹⁰ La República Dominicana afirma que cuando aplicó pruebas estándar de raíz unitaria a los modelos de la Dra. Chipty que utilizaban variables binarias del impuesto "los resultados muestran sistemáticamente que las variables binarias del impuesto no eran estacionarias". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 342). Véanse también los párrafos 6.329-6.331 *infra*.

⁵⁹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121.

cuenta la gestión del inventario estratégico y la reglamentación de las ASG de 2006".⁵⁹² El Grupo Especial también observó que los resultados de la Dra. Chipty eran sólidos con respecto a algunas especificaciones alternativas.⁵⁹³ En nuestra opinión, esta explicación del Grupo Especial muestra por qué atribuyó un mayor peso al modelo de consumo especificado con variables binarias del impuesto presentado por la Dra. Chipty que a los modelos de los reclamantes especificados con dichas variables.

6.190. Estimamos por tanto que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial tratara las pruebas presentadas por las partes de manera incongruente en lo que respecta a la utilización por el Grupo Especial al concepto de no estacionariedad para comprobar los modelos de los reclamantes.⁵⁹⁴

Eventos de reponderación en los datos

6.191. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, el Grupo Especial señaló la importancia de "tratar de tener en cuenta los eventos de reponderación en los datos de la RMSS" y manifestó que, en sus informes iniciales, ni el IPE ni el Profesor List habían tenido en cuenta esta cuestión.⁵⁹⁵ Además, el Grupo Especial puso de relieve que las soluciones propuestas por el IPE y el Profesor List con respecto a esta cuestión "aumenta[ban] el problema de la multicolinealidad, en particular cuando las variables de precio (o el nivel impositivo) y de tendencia se incluyen en la especificación".⁵⁹⁶ El Grupo Especial destacó que muy pocas de las variables explicativas eran estadísticamente significativas (al nivel de 5%) cuando se tenía en cuenta esta cuestión de la reponderación de la muestra y explicó que "[a]lgunos resultados del análisis modificado de la tendencia del IPE indican incluso que las medidas TPP dieron por resultado un *aumento* estadísticamente significativo de la prevalencia del hábito de fumar puros", sin poder dar las razones que lo justificaban.⁵⁹⁷ Por estos motivos, el Grupo Especial consideró que, "[e]n general, y basádo[se] en lo antedicho, duda[ba] de la fiabilidad de los resultados obtenidos cuando la variable de precio, la tendencia temporal y las variables binarias de la reponderación de la muestra se inclu[ían] en las especificaciones del modelo".⁵⁹⁸

6.192. La República Dominicana aduce que el Grupo Especial infringió el artículo 11 del ESD al: i) tratar las pruebas presentadas por las partes de manera incongruente sin ninguna explicación; y ii) razonar de manera internamente incoherente.⁵⁹⁹ Abordamos sucesivamente cada conjunto de argumentos.

⁵⁹² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115.

⁵⁹³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁵⁹⁴ Señalamos que, en la etapa 2 del análisis del consumo de cigarrillos que realizó en el apéndice D de su informe, el Grupo Especial señaló, entre otras cosas, que el modelo dinámico del Profesor List basado en los datos de Aztec se veía afectado por la no estacionariedad. (Véase el informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 44) No obstante, el Grupo Especial *no* se basó en la no estacionariedad para formular una constatación favorable a Australia en la etapa 2 de su análisis. (Véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 45-46).

⁵⁹⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108. Entendemos que esta cuestión se refería al hecho de que los datos de la RMSS fueron objeto de una "reponderación" periódica a fin de asegurar que fueran representativos de la población australiana y, para efectuar un análisis econométrico significativo de esos datos, es necesario tener en cuenta tales eventos de reponderación al analizar los datos. La República Dominicana explica que "[c]omo en la población considerada se producen cambios demográficos, los proveedores de datos *reponderan* periódicamente la muestra estudiada, para asegurarse de que siga siendo representativa de la población que pretende representar". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 431 (con resalte en el original)). Entendemos que Australia no lo discute. (Véase la comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 782).

⁵⁹⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁵⁹⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108. (no se reproduce la nota de pie de página; sin resalte en el original)

⁵⁹⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁵⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 446, 453, 457 y 461. Por lo que respecta al trato incongruente, la República Dominicana afirmó que el Grupo Especial "dio un trato incoherente a 'pruebas cuantitativas del mismo tipo'". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 461 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 294)). Observamos que en *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, el Órgano de Apelación constató en la parte pertinente de su informe que, "[p]or tanto, el trato internamente incoherente que el Grupo Especial dio a pruebas cuantitativas del mismo tipo vicia la conclusión que extrajo sobre los datos financieros presentados por

6.193. La República Dominicana plantea varios argumentos para respaldar su opinión de que el Grupo Especial trató las pruebas de las partes de manera incongruente. En primer lugar, sostiene que el Grupo Especial aceptó el modelo de dos fases de la Dra. Chipty que tenía en cuenta la reponderación, pero rechazó la solidez del mismo modelo cuando lo presentó el Profesor List.⁶⁰⁰ En segundo lugar, afirma que el Grupo Especial se basó en la utilización por la Dra. Chipty del modelo de dos fases en una especificación que ni siquiera tenía en cuenta la tendencia a la baja del tabaquismo⁶⁰¹, aun cuando el Grupo Especial adoptó en otra parte la posición de que "un modelo econométrico (cuando lo han presentado los reclamantes) no solo debe *tener en cuenta* la tendencia a la baja ..., sino que también debe poder *detectar* que esta tendencia tiene un efecto a la baja estadísticamente significativo en la prevalencia de tabaquismo".⁶⁰² En tercer lugar, sostiene que el Grupo Especial rechazó la solidez de los modelos de la República Dominicana sobre la base de que su enfoque para tener en cuenta la reponderación aumentaba la multicolinealidad, aunque el Grupo Especial aceptó los modelos econométricos de Australia que tenían en cuenta la reponderación pese a la presencia de multicolinealidad.⁶⁰³

6.194. Australia sostiene que las alegaciones de la República Dominicana "dependen en gran medida de la tesis de que *Australia* estaba obligada a demostrar" que la disminución de la prevalencia de tabaquismo y del consumo era atribuible a las medidas TPP.⁶⁰⁴ Mantiene que la función del Grupo Especial era evaluar si los reclamantes habían "demostrado su afirmación de que ninguna parte de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podía ser atribuida a las medidas TPP".⁶⁰⁵ Por consiguiente, Australia sostiene que el Grupo Especial no estaba obligado a constatar que los expertos de Australia habían subsanado el problema de la reponderación en los modelos de los reclamantes, a fin de cuestionar la validez de esos modelos.⁶⁰⁶ Australia aduce además que la afirmación de la República Dominicana de que la Dra. Chipty se basó en los resultados del Profesor List es incorrecta. Antes bien, explica Australia, la Dra. Chipty se limitó a demostrar que "los *propios resultados* del Profesor List mostraban un efecto negativo y estadísticamente significativo de las medidas TPP cuando se notificaban con arreglo a la convención normal" para la comunicación de eventos estadísticamente significativos.⁶⁰⁷ Australia puntualiza que la nota a la declaración del Grupo Especial de que "los resultados econométricos de la Dra. Chipty muestra[n] además que la repercusión negativa y estadísticamente significativa de las medidas TPP sobre la prevalencia general de tabaquismo es sólida con respecto a las especificaciones alternativas" revela que el Grupo Especial se refería a los "cuadros en los que la Dra. Chipty resumió los resultados de los modelos de los expertos de los *reclamantes*, *aceptando* una o varias de las opciones metodológicas que la Dra. Chipty consideró erróneas".⁶⁰⁸ En opinión de Australia, el Grupo Especial no respaldó esas opciones metodológicas, que criticó en otra parte, sino que observó que, incluso si se aceptaran los resultados de esos modelos, estos mostraban un efecto negativo y estadísticamente significativo de las medidas TPP.⁶⁰⁹

6.195. Observamos que las supuestas incongruencias primera y segunda identificadas por la República Dominicana⁶¹⁰ se refieren específicamente a la presunta utilización por el Grupo Especial de la especificación del modelo de dos fases del Profesor List que hizo la Dra. Chipty, en el contexto de su análisis de la prevalencia de tabaquismo. Como se ha indicado *supra*, el Grupo Especial no atribuyó ningún peso a los resultados de la Dra. Chipty basados en su examen del modelo de dos fases.⁶¹¹ Además, incluso si el Grupo Especial dio peso al modelo de Australia especificado con precios, sencillamente consideró que ese modelo era de un valor sustancialmente inferior al modelo

las partes". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), párrafo 294).

⁶⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 441-445 y 449-453 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 108 y 121 y nota 143 al párrafo 121; y segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591), página D.2).

⁶⁰¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 454.

⁶⁰² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 455. (con resalte en el original)

⁶⁰³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 461.

⁶⁰⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 789. (con resalte en el original)

⁶⁰⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 789.

⁶⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 790.

⁶⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 792. (con resalte en el original)

⁶⁰⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 793 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121). (con resalte en el original)

⁶⁰⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 794.

⁶¹⁰ Véase el párrafo 6.193 *supra*.

⁶¹¹ Véanse los párrafos 6.163-6.166 *supra*.

de Australia especificado con variables binarias de los impuestos.⁶¹² Por consiguiente, no consideramos que el Grupo Especial tratara las pruebas presentadas por las partes de manera incongruente al evaluar los modelos de los reclamantes y de Australia especificados con precios.

6.196. En cuanto a la tercera incongruencia alegada por la República Dominicana -que el Grupo Especial rechazó los modelos de la República Dominicana basándose en que tener en cuenta la reponderación aumentaba la multicolinealidad, pero aceptó los modelos de Australia afectados exactamente por el mismo problema- recordamos que el Grupo Especial no "aceptó" ni "descartó" los diversos modelos que se le sometieron sobre la base de un único factor. Antes bien, el Grupo Especial estimó el valor y la credibilidad relativos de las pruebas contradictorias presentadas por las partes. Por consiguiente, no consideramos que el Grupo Especial descartara los modelos de los reclamantes sobre esa base; antes bien, el Grupo Especial señaló varias razones por las que consideraba que las pruebas de Australia eran más creíbles que las de los reclamantes. El hecho de que el modelo primario de la Dra. Chipty, especificado con variables binarias de los impuestos, fuera sólido con respecto a las especificaciones alternativas, a pesar de que quizá esas otras especificaciones se vieran afectadas por muchos de los mismos problemas que afectaban a los modelos de los reclamantes, parece ser secundario respecto al hecho de que su modelo primario era más creíble y convincente que los modelos de los reclamantes. Observamos también que hay una diferencia entre una especificación que aumenta el problema de la multicolinealidad en un modelo particular y la presencia de multicolinealidad en un modelo especificado de una determinada manera. Por consiguiente, no consideramos que la República Dominicana haya demostrado que el Grupo Especial tratara las pruebas presentadas por las partes de manera incongruente en lo que respecta a la reponderación de la muestra.

6.197. A continuación, abordamos los argumentos de la República Dominicana de que las constataciones del Grupo Especial eran internamente incoherentes. A este respecto, la República Dominicana aduce que "el proveedor de datos identificó cuatro casos de reponderación en la muestra de la RMSS ..., cada uno de los cuales podía afectar a la estimación de la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia de tabaquismo obtenida por el modelo".⁶¹³ La República Dominicana sostiene que, a diferencia de la Dra. Chipty, que solo tuvo en cuenta tres de los cuatro eventos de reponderación, los expertos de la República Dominicana tuvieron en cuenta los cuatro eventos.⁶¹⁴ Con respecto a la constatación del Grupo Especial de que "las pruebas de Australia eran 'sólidas' cuando se tenían en cuenta los eventos de reponderación"⁶¹⁵, la República Dominicana afirma que el Grupo Especial "prescindió del hecho de que los modelos de la Dra. Chipty no 'trata[ba]n de tener en cuenta' los cuatro eventos de reponderación".⁶¹⁶ La República Dominicana sostiene que esto está en contradicción con el reconocimiento por el Grupo Especial de "la importancia de tratar de tener en cuenta los eventos de reponderación en los datos de la RMSS".⁶¹⁷ Sostiene además que "el error del Grupo Especial parece ser consiguiente en particular a su constatación relativa a la prevalencia del hábito de fumar cigarros" porque, "si la toma en consideración del cuarto evento de ponderación ... se añade al modelo de prevalencia del hábito de fumar cigarros de la Dra. Chipty, el modelo ya no detecta ninguna repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia de ese hábito".⁶¹⁸

6.198. Australia sostiene que, por las mismas razones por las que el Grupo Especial no trató las pruebas presentadas las partes de manera incongruente, el razonamiento del Grupo Especial no fue internamente incoherente. Australia aduce, a este respecto, que sencillamente el Grupo Especial no estaba obligado a constatar que la Dra. Chipty había tenido en cuenta todos los eventos de reponderación de la RMSS para tomar en consideración su análisis de sensibilidad, que se basaba en los modelos del Profesor List. Australia también indica que el análisis de sensibilidad realizado por la Dra. Chipty "tenía en cuenta solamente tres eventos de reponderación debido al período de muestra que eligió [el Profesor List]".⁶¹⁹

⁶¹² Véase el párrafo 6.166 *supra*.

⁶¹³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 463.

⁶¹⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 463-464.

⁶¹⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 465.

⁶¹⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 465 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108).

⁶¹⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 464 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108).

⁶¹⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 467.

⁶¹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 795.

6.199. En nuestra opinión, los argumentos de la República Dominicana se basan en una interpretación errónea de las constataciones del Grupo Especial con respecto a la importancia de tener en cuenta los eventos de reponderación en los datos de la RMSS. Recordamos que el Grupo Especial efectivamente "reconoció la importancia de tratar de tener en cuenta los eventos de reponderación en los datos de la RMSS".⁶²⁰ Ello, sin embargo, es diferente de una constatación por el Grupo Especial de que la ausencia de cualquier intento de tener en cuenta tales eventos de reponderación haría que un modelo fuera totalmente inútil o no fiable. Además, al examinar la manera en que los expertos de los reclamantes trataron de tener en cuenta esos eventos de reponderación, el Grupo Especial destacó que la inclusión de variables binarias aumentaba el problema de la multicolinealidad, "en particular cuando las variables de precio (o el nivel impositivo) y de tendencia se incluyen en la especificación", y señaló asimismo que el problema se "acentua[ba] cuando se adopta[ba] una corrección muy flexible de la reponderación".⁶²¹ El Grupo Especial puso de relieve otras preocupaciones en relación con los intentos de los expertos de los reclamantes de tener en cuenta la reponderación, entre ellas la falta de significación estadística de las variables explicativas, y el hecho de que al menos un modelo mostraba un *aumento* estadísticamente significativo de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos causado por las medidas TPP.⁶²² El Grupo Especial concluyó finalmente que, en general, "duda[ba] de la fiabilidad de los resultados obtenidos cuando la variable de precio, la tendencia temporal y las variables binarias de la reponderación de la muestra se incluyen en las especificaciones del modelo".⁶²³ Por consiguiente, entendemos que, aunque el Grupo Especial reconoció la importancia de tratar de tener en cuenta los eventos de reponderación de la muestra, el IPE y el Profesor List no pudieron tener en cuenta esos eventos de reponderación sin plantear otras preocupaciones acerca de la fiabilidad de sus resultados. Esta era una de las razones por las que el Grupo Especial tenía dudas acerca de sus modelos.

6.200. Con respecto a las pruebas presentadas por Australia, el Grupo Especial no mencionó en absoluto la reponderación de la muestra en el contexto de su observación de que la Dra. Chipty había abordado "muchas [de sus] preocupaciones" en relación con las pruebas de los reclamantes.⁶²⁴ En otras palabras, el Grupo Especial no consideró que la Dra. Chipty hubiera resuelto los problemas relacionados con el hecho de tener en cuenta los eventos de reponderación o no tener en cuenta dichos eventos.⁶²⁵ Señaló, sin embargo, que el modelo de la Dra. Chipty era "sólido con respecto a las especificaciones *alternativas*", incluidas las "variables binarias de la reponderación de la muestra".⁶²⁶ Este análisis realizado por la Dra. Chipty parece haberse basado directamente en los propios modelos del Profesor List en los que este tuvo en cuenta tres correcciones de la reponderación de la muestra (realizadas en 2009, 2010 y 2014) añadiendo variables binarias.⁶²⁷ Sobre la base de estas especificaciones, la Dra. Chipty realizó su propio análisis, aunque con un

⁶²⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁶²¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁶²² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁶²³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁶²⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁶²⁵ Observamos que el silencio del Grupo Especial sobre esta cuestión contrasta con los propios argumentos de la Dra. Chipty de que su modelo microeconómico de una etapa tenía en cuenta las condiciones demográficas, lo que significaba que no había "ninguna preocupación acerca de la reponderación de los datos de la RMSS porque t[enía] en cuenta adecuadamente los cambios en la composición de la población". (Tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605 presentada al Grupo Especial), nota 155 al párrafo 70 c) ii). La Dra. Chipty había afirmado anteriormente que, "[c]on el modelo microeconómico adecuado que tiene en cuenta las condiciones demográficas (como el modelo econométrico de una etapa que yo he presentado), no hay que preocuparse por la reponderación porque el modelo tiene en cuenta adecuadamente los cambios en la composición de la población". (Segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), párrafo 37). La Dra. Chipty explicó que todos los modelos que había incluido en su comunicación final al Grupo Especial tenían en cuenta un "conjunto de características sociodemográficas". (Tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605 presentada al Grupo Especial), párrafo 71).

⁶²⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121 (donde se hace referencia al tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605 presentada al Grupo Especial), página 22; y al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), página D2). (sin resalte en el original)

⁶²⁷ Segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), párrafo 34. Véase también J. List, A Synthesis of the Evidence on Australia's Plain Packaging Policy (28 de octubre de 2015) (segundo informe suplementario de List) (Prueba documental DOM/IDN-5 presentada al Grupo Especial), párrafo 141; y el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108 (donde se hace referencia al segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5 presentada al Grupo Especial), cuadro 8, página 43; y al tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial), cuadro 13 en la página 32).

período de muestra más largo, que se remontaba a 2001 (en vez de 2006). Observamos, a este respecto, que fue el Profesor List quien señaló en primer lugar que los datos de la RMSS habían sido objeto de tales correcciones relativas a la población y que cuando señaló esas correcciones, sí se refirió solamente a tres de ellas, realizadas en 2009, 2010 y 2014.⁶²⁸ Posteriormente, en la comunicación final del IPE, tras cuya presentación las partes en principio ya no tuvieron la oportunidad de aportar pruebas adicionales⁶²⁹, el IPE indicó que la RMSS había efectuado una corrección de la reponderación en 2004.⁶³⁰ Así pues, para cuando obraron en el expediente pruebas que indicaban que se había efectuado una corrección de la reponderación en 2004, ya había pasado la oportunidad de que la Dra. Chipty volviera a especificar los modelos del Profesor List para tener en cuenta la corrección de 2004.

6.201. La cuestión, por lo tanto, es si el Grupo Especial incurrió en error al tener en cuenta la especificación alternativa de la Dra. Chipty para respaldar su conclusión de que los modelos de Australia eran más fiables que los de los reclamantes, a pesar de que había reconocido la importancia de tener en cuenta los eventos de reponderación y de que la especificación alternativa de la Dra. Chipty solo tenía en cuenta tres de los cuatro eventos de reponderación de los que obraban pruebas en el expediente del Grupo Especial. Observamos que, aunque las pruebas del cuarto evento de reponderación no se facilitaron hasta el último momento, el Grupo Especial podría haber dado a la Dra. Chipty y al Profesor List la oportunidad de volver a presentar sus modelos para tener en cuenta el cuarto evento de reponderación. Pese a que no lo hizo, no consideramos que la decisión del Grupo Especial de tener en cuenta la especificación alternativa de la Dra. Chipty sea *per se* incoherente. Las constataciones del Grupo Especial indican que este tenía reservas acerca de la toma en consideración de la reponderación, con independencia del número de eventos de reponderación tenidos en cuenta. Así pues, el Grupo Especial no consideró que los modelos de las partes, en los que estas tuvieron en cuenta los eventos de reponderación, fueran determinantes de nada. Además, no criticó las pruebas del Profesor List por el hecho de que estas no tuvieran en cuenta todos los eventos de reponderación. Por consiguiente, el Grupo Especial no dio ningún indicio de que el hecho de no tener en cuenta un evento de reponderación fuera un error fatal al estimar el valor de un modelo dado. Por último, el Grupo Especial simplemente se basó en la especificación alternativa de la Dra. Chipty como razón para tomar en consideración los resultados de esta. Puesto que el hecho de no tener en cuenta un evento de reponderación no era fatal, no vemos ningún error o incoherencia en que el Grupo Especial estimara que la especificación alternativa de la Dra. Chipty apoyaba sus resultados.

6.202. Por las razones expuestas, consideramos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al evaluar los esfuerzos realizados por las partes para tener en cuenta los eventos de reponderación en los datos de la RMSS.

El procedimiento para calcular el error estándar

6.203. En la etapa 3 de su análisis de la *prevalencia de tabaquismo*, el Grupo Especial abordó la cuestión de cómo calculaban los expertos de las partes el error estándar a efectos de evaluar la significación estadística de las diferentes variables en sus modelos. El Grupo Especial explicó que "se necesita un error estándar para determinar el nivel de significación estadística del coeficiente estimado" y que "la significación estadística es esencial porque, además de ser el coeficiente estimado de la variable, también es importante determinar si la variable del coeficiente difiere estadísticamente de cero".⁶³¹ El Grupo Especial subrayó "la importancia de calcular errores estándar sólidos con respecto a la heteroscedasticidad y la autocorrelación".⁶³² Explicó que "el tratamiento [por las partes] de los errores estándar [había] evolucionado en el curso de los procedimientos".⁶³³ Según el Grupo Especial:

Al principio, el profesor List y el IPE optaron por usar la función *ivreg2* del programa informático STATA para calcular errores estándar sólidos con respecto a la

⁶²⁸ Segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5 presentada al Grupo Especial), apéndice B.

⁶²⁹ A pesar de que el Grupo Especial hizo una excepción especial con respecto a la comunicación de 17 de febrero de 2016 que le presentó la República Dominicana. (Véanse los párrafos 6.136-6.139 *supra*).

⁶³⁰ Véase el informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial), nota 53 al párrafo 53.

⁶³¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 109.

⁶³² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 109.

⁶³³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 110.

heteroscedasticidad y la correlación serial aplicando el procedimiento de selección automática del ancho de banda de Newey y West (1994). Posteriormente, aplicaron un método alternativo de cálculo de los errores estándar que, según ellos, se ajusta para reflejar con mayor exactitud la propuesta inicial de Newey y West (1994). Desde el punto de vista técnico, la discrepancia entre el profesor List (así como el IPE y el profesor Klick) y la doctora Chipty t[enía] que ver con el procedimiento para corregir la autocorrelación, en particular la elección de una cantidad máxima de tiempo, definida como el rezago máximo, en que los datos se pueden correlacionar. El profesor List prop[uso] fijar un valor más pequeño del parámetro, lo cual da por resultado un rezago máximo más pequeño que el especificado en la función ivreg2. Un examen cuidadoso de los datos de investigación y los debates muestra que la elección del rezago máximo no está bien establecida en la literatura estadística ni econométrica, como se señala en un intercambio por correo electrónico con los desarrolladores del programa STATA. En consecuencia, no está claro si los resultados asociados con el procedimiento del profesor List habrían cambiado con respecto a una gama de valores del parámetro, tomando en consideración que el rezago máximo debería poder tener en cuenta todos los rezagos hasta que la correlación serial de los datos se desvaneciera.⁶³⁴

6.204. El Grupo Especial también observó que, en el intercambio de correo electrónico entre las partes y los desarrolladores del STATA, estos últimos explicaron que "la elección automática del rezago máximo en la función ivreg2 concuerda con los criterios [necesarios] de la optimalidad asintótica".⁶³⁵ Señaló además que el profesor List había "presenta[do] los resultados de simulaciones para comparar la frecuencia de los así llamados positivos falsos valiéndose de su propio procedimiento y del procedimiento de selección automática de ivreg2".⁶³⁶ El Grupo Especial consideró que, aunque "[e]l Profesor List concluy[ó] que el procedimiento de selección automática de la función ivreg2 del STATA arroja un resultado estadísticamente significativo erróneo el 16% de las veces, en vez del 5%", sus resultados se basaban en una muestra de 111 observaciones (de julio de 2006 a septiembre de 2015), mientras que la doctora Chipty consideraba un período de muestra más grande de 177 observaciones (de enero de 2001 a septiembre de 2015).⁶³⁷ El Grupo Especial consideró asimismo que "[n]o est[aba] claro ... en qué medida los resultados del profesor List cambiarían si el tamaño de la muestra aumentase, teniendo en cuenta que, según los desarrolladores del STATA, las fórmulas utilizadas en ivreg2 cumplen los criterios necesarios de la optimalidad asintótica".⁶³⁸

⁶³⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 110 (donde se hace referencia a D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (7 de octubre de 2014) (informe del IPE) (Prueba documental DOM-100 presentada al Grupo Especial); a D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (14 de septiembre de 2015) (informe del IPE actualizado) (Prueba documental DOM-303 presentada al Grupo Especial); a J. List, A Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation (1 de junio de 2015) (informe de List) (Prueba documental DOM/IDN-1 presentada al Grupo Especial); a J. List, A Further Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation (16 de septiembre de 2015) (informe de réplica de List) (Prueba documental DOM/IDN-3 presentada al Grupo Especial); a D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul y M. Wolf, Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, Institute for Policy Evaluation (27 de octubre de 2015) (segundo informe del IPE actualizado) (Prueba documental DOM-361 presentada al Grupo Especial); al tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375 presentada al Grupo Especial); al informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial); al segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5 presentada al Grupo Especial); al tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial); a J. List, Concluding Summary on Australia's Plain Packaging Policy (2 de febrero de 2016) (informe resumido de List) (Prueba documental DOM/IDN-9 presentada al Grupo Especial); al informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial), página 70; y al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), páginas B1-B2). (no se reproducen las notas de pie de página)

⁶³⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 131 al párrafo 110 (donde se hace referencia al informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial), página 70; y al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), páginas B1-B2).

⁶³⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110 (donde se hace referencia al informe resumido de List (Prueba documental DOM/IDN-9 presentada al Grupo Especial), párrafos 95-98).

⁶³⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110.

⁶³⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110.

6.205. Al evaluar las pruebas de Australia relativas a la prevalencia de tabaquismo y al consumo de tabaco, el Grupo Especial no se refirió a la utilización por la Dra. Chipty de la fórmula `ivreg2` del STATA como razón para considerar sus resultados más fiables que los de los expertos de los reclamantes.⁶³⁹ Sin embargo, el Grupo Especial señaló que, en los modelos de prevalencia de tabaquismo de la Dra. Chipty, "la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia general de tabaquismo sigue siendo negativa y estadísticamente significativa en casi todas las especificaciones cuando se aplica el procedimiento del profesor List para calcular los errores estándar".⁶⁴⁰ Análogamente, el Grupo Especial indicó que, en los modelos de consumo de cigarrillos de la Dra. Chipty, "la repercusión negativa y estadísticamente significativa de las medidas TPP sobre las ventas de cigarrillos al por mayor es sólida con respecto a las especificaciones alternativas, en particular ... al procedimiento del profesor List para calcular los errores estándar".⁶⁴¹

6.206. Honduras sostiene que "los expertos de los reclamantes expresaron preocupación por la ... utilización de la fórmula IVREG errónea", y que el Grupo Especial no "explicó cómo aborda[ba] esas preocupaciones".⁶⁴² Honduras sostiene que el Grupo Especial ignoró totalmente del argumento del Profesor Klick de que "no hay nada que apoye el enfoque utilizado por la Dra. Chipty y las propias publicaciones en que esta se basa dejan claro que la utilización por su parte de un enfoque de valores atípicos era inapropiada".⁶⁴³ Señala que "[e]l Grupo Especial ni siquiera menciona esta prueba documental en ese contexto".⁶⁴⁴ Aduce también que el Grupo Especial tergiversó las pruebas. Según Honduras, "el Profesor List respondió a una crítica [hecha por] la Dra. Chipty acerca de un supuesto error en el programa STATA utilizado y, cuando empezó a examinar esa alegación, constató que era la Dra. Chipty la que simplemente había tomado algo de Internet que era erróneo y que él mantenía los resultados contenidos en sus informes de septiembre y junio".⁶⁴⁵ Según Honduras, "[e]l Grupo Especial hace una descripción tergiversada de todo este debate según la cual uno de los expertos técnicos no pudo convenir en una cuestión técnica sobre la que la comunidad en general no está de acuerdo".⁶⁴⁶ Honduras sostiene que, en realidad, la Dra. Chipty "cometió un error al tomar un comando de Internet" y el "Profesor List puso de manifiesto ese error y volvió a comprobar sus resultados iniciales remitiéndose de nuevo a los autores del método seguido por todos los expertos, lo que confirmó su análisis".⁶⁴⁷ Honduras considera que las constataciones del Grupo Especial no estaban suficientemente razonadas ni eran suficientemente adecuadas; que el Grupo Especial caracterizó y expuso erróneamente los hechos obrantes en el expediente y formuló constataciones que no tenían fundamento en el expediente del Grupo Especial; y que el Grupo Especial desestimó, distorsionó y tergiversó determinadas pruebas.⁶⁴⁸

6.207. Australia sostiene que la descripción que hizo el Grupo Especial de los eventos relacionados con la manera en que los expertos de las partes habían calculado el error estándar es exacta.⁶⁴⁹

⁶³⁹ Concretamente, observamos que el Grupo Especial consideró que la Dra. Chipty había resuelto varios de los problemas que había identificado en relación con los modelos de los reclamantes. El Grupo Especial procedió a identificar esos problemas concretos. No mencionó que la manera en que la Dra. Chipty calculó el error estándar resolviera ninguna preocupación. (Véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 115).

⁶⁴⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121.

⁶⁴¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁶⁴² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 884.

⁶⁴³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 944 (donde se hace referencia a J. Klick, Fourth Supplemental Rebuttal Report – Comments on Additional Arguments Raised by Dr Chipty (3 de febrero de 2016) (cuarto informe suplementario de Klick) (Prueba documental HND-169 presentada al Grupo Especial), párrafo 18).

⁶⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 945.

⁶⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 943 (donde se hace referencia al segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5 presentada al Grupo Especial, párrafos 98-102)).

⁶⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 943.

⁶⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 943.

⁶⁴⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 942- 946.

⁶⁴⁹ Según Australia, inicialmente el IPE había indicado la importancia de tener en cuenta la heteroscedasticidad y la autocorrelación al calcular el error estándar, y el IPE había utilizado un comando del programa informático STATA denominado "`ivreg2`", que "tiene automáticamente en cuenta la autocorrelación pero requiere un comando adicional para tener en cuenta la heteroscedasticidad". (Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 663) Australia sostiene que el IPE y el Profesor List no tuvieron en cuenta la heteroscedasticidad, con la consecuencia de que sus errores estándar "se sobrestimaron significativamente". (*Ibid.* (donde se hace referencia al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), nota 24)). Australia aduce que, después de que el Profesor List tuviera en cuenta el problema de la heteroscedasticidad al calcular el error estándar, afirmó haber descubierto un error en

Aduce que, sobre la base de su examen de las pruebas, el Grupo Especial "expresó 'reservas con respecto a los métodos del IPE y del profesor List para calcular errores estándar y, en consecuencia, 'p[uso] en duda sus resultados, basados en dichos métodos'".⁶⁵⁰ Australia sostiene asimismo que el Grupo Especial formuló constataciones similares respecto de las pruebas de los reclamantes relativas al consumo.⁶⁵¹ En opinión de Australia, "fue totalmente adecuado que el Grupo Especial tuviera en cuenta la falta de coherencia los expertos de los reclamantes en una cuestión metodológica importante al evaluar el peso a atribuir a las pruebas que presentaron".⁶⁵²

6.208. Al abordar estas cuestiones, observamos para empezar que en el informe del Grupo Especial no se expresa ninguna opinión firme sobre el procedimiento correcto para calcular el error estándar. Antes bien, el Grupo Especial manifestó sus dudas tanto sobre el procedimiento del Profesor List para calcular el error estándar⁶⁵³ como sobre su argumento de que el procedimiento de la Dra. Chipty (que utilizaba el comando *ivreg2* de STATA) era erróneo.⁶⁵⁴ No obstante, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial muestra que este parece haber dado un peso aproximadamente equivalente al procedimiento del Profesor List y al procedimiento basado en *ivreg2* al comparar la credibilidad de las pruebas de los reclamantes con la de las pruebas de Australia. Esto se desprende del hecho de que el Grupo Especial no identificó el procedimiento de la Dra. Chipty para calcular el error estándar como razón para considerar más creíbles las pruebas de Australia que las de los reclamantes.⁶⁵⁵ Por el contrario, el Grupo Especial tuvo en cuenta el hecho de que los modelos de la Dra. Chipty seguían mostrando una repercusión negativa estadísticamente significativa de las medidas TPP sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo, aunque se utilizara el procedimiento del Profesor List para calcular el error estándar.⁶⁵⁶ Por consiguiente, entendemos que los argumentos formulados en apelación por Honduras esencialmente impugnan el fundamento de la conclusión del

el comando *ivreg2* que afectaba a la manera en que esta tenía en cuenta la autocorrelación. (*Ibid.*, párrafo 664). Australia considera que "[l]a supuesta identificación por el Profesor List de un 'error' en *ivreg2* era una maniobra para desviar la atención del hecho de que sus *propios modelos*, al igual que en el caso de los resultados del modelo inicial del IPE, mostraban un efecto negativo y estadísticamente significativo del empaquetado genérico sobre la prevalencia y el consumo una vez que se tenían en cuenta la autocorrelación y la heteroscedasticidad utilizando el modelo que propusieron inicialmente". (*Ibid.*, párrafo 665 (con resalte en el original)). Según Australia, la Dra. Chipty mostró que todos los modelos del IPE y del Profesor List revelaban disminuciones estadísticamente significativas de la prevalencia y el consumo al utilizar el comando *ivreg2*, y mostró además que, "en cualquier caso, utilizando el método adoptado recientemente por el Profesor List para calcular errores estándar, y resolver otros problemas que presentaban sus modelos, los efectos estimados del empaquetado genérico del tabaco seguían siendo negativos y la mayoría de esos efectos estimados seguían siendo estadísticamente significativos". (*Ibid.*).

⁶⁵⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 667 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 111).

⁶⁵¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 668 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 107 y nota 141 al párrafo 108).

⁶⁵² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 669.

⁶⁵³ El Grupo Especial explicó que un "examen cuidadoso de los datos de investigación y los debates muestra que la elección del rezago máximo no está bien establecida en la bibliografía estadística ni econométrica, como se señala en un intercambio por correo electrónico con los desarrolladores del programa STATA", y consideró que, en consecuencia, "no est[aba] claro si los resultados asociados con el procedimiento del profesor List habrían cambiado con respecto a una gama de valores del parámetro, tomando en consideración que el rezago máximo debería poder tener en cuenta todos los rezagos hasta que la correlación serial de los datos se desvaneciera". (Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 110 (no se reproducen las notas de pie de página)).

⁶⁵⁴ El Grupo Especial señaló que, aunque "[e]l Profesor List concluy[ó] que el procedimiento de selección automática de la función *ivreg2* del STATA arroja un resultado estadísticamente significativo erróneo el 16% de las veces, en vez del 5%", sus resultados se basaban en una muestra de 111 observaciones (de julio de 2006 a septiembre de 2015), mientras que la doctora Chipty consideraba un período de muestra más grande de 177 observaciones (de enero de 2001 a septiembre de 2015). (Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110). El Grupo Especial consideró que "[n]o est[aba] claro ... en qué medida los resultados del profesor List cambiarían si el tamaño de la muestra aumentase, teniendo en cuenta que, según los desarrolladores del STATA, las fórmulas utilizadas en *ivreg2* cumplen los criterios necesarios de la optimalidad asintótica". (*Ibid.*).

⁶⁵⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121; e *ibid.*, apéndice D, párrafos 115-116.

⁶⁵⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 121; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 116. Observamos que, con respecto a los modelos de *prevalencia de tabaquismo* de la Dra. Chipty, la repercusión de las medidas TPP sobre la prevalencia general de tabaquismo seguía siendo negativa y estadísticamente significativa en casi todas las especificaciones cuando se aplicaba el procedimiento del profesor List para calcular el error estándar. (*Ibid.*, apéndice C, párrafo 121).

Grupo Especial de que el procedimiento de la Dra. Chipty para calcular el error estándar no era inferior al método del Profesor List.

6.209. Abordamos primero el argumento de Honduras de que el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de sus constataciones.⁶⁵⁷ En nuestra opinión, el Grupo Especial explicó plenamente sus razones tanto para cuestionar el procedimiento del Profesor List como para considerar que el procedimiento basado en *ivreg2* era relativamente fiable.⁶⁵⁸ No vemos cómo el desacuerdo de Honduras con el fundamento del razonamiento del Grupo Especial o con la forma en que el Grupo Especial sopesó y ponderó las pruebas implica que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido. En nuestra opinión, no está comprendido en nuestro mandato cuestionar la evaluación de las pruebas realizada por el Grupo Especial.

6.210. Pasando al argumento de Honduras de que el Grupo Especial desestimó determinadas pruebas, entendemos que Honduras ha señalado una frase de una prueba documental presentada al Grupo Especial en la que el Profesor Klick decía que, "[d]ado que las publicaciones sobre esta cuestión (incluido el propio documento citado por la Dra. Chipty) indican que la distribución normal es inapropiada, los valores *p* de la Dra. Chipty son incorrectos y sus alegaciones de significación estadística son igualmente erróneas en cualquier caso".⁶⁵⁹ Coincidimos con Honduras en que el Grupo Especial no parece haber abordado este argumento. Señalamos, sin embargo, que el resumen que hace un grupo especial de las pruebas presentadas por una parte no tiene que ser exhaustivo y, de hecho, no cabría esperar que un grupo especial reflejara todos y cada uno de los aspectos de cada argumento expuesto en cada prueba documental presentada por cada parte para cumplir la obligación de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido. En cualquier caso, no consideramos que Honduras haya demostrado que el hecho de que el Grupo Especial no abordara explícitamente el argumento del Profesor Klick en su informe constituye un error importante. Destacamos, en particular, que el Grupo Especial señaló sus propias razones para dudar del método del Profesor List, aunque finalmente parece haber dado a dicho método igual peso que el que atribuye al método basado en *ivreg2*.

6.211. Por lo que respecta al argumento de Honduras de que el Grupo Especial tergiversó las pruebas de las partes, entendemos que Honduras considera que "el tratamiento de los errores estándar no solo 'evolucionó en el curso de los procedimientos'" y que "[e]l Grupo Especial hace una descripción tergiversada de todo este debate según la cual uno de los expertos técnicos no pudo convenir en una cuestión técnica sobre la que la comunidad en general no está de acuerdo".⁶⁶⁰ Según Honduras, "la Dra. Chipty buscaba una manera de cambiar los resultados del Profesor List y cometió un error al tomar un comando de Internet para hacerlo. El Profesor List puso de manifiesto ese error y volvió a comprobar sus resultados iniciales remitiéndose de nuevo a los autores del método seguido por todos los expertos, que confirmó su análisis".⁶⁶¹

6.212. Señalamos que, según el Grupo Especial:

Al principio, el profesor List y el IPE optaron por usar la función *ivreg2* del programa informático STATA para calcular errores estándar sólidos con respecto a la heteroscedasticidad y la correlación serial aplicando el procedimiento de selección automática del ancho de banda de Newey y West (1994). Posteriormente, aplicaron un

⁶⁵⁷ A este respecto, Honduras aduce que "[e]l Profesor List demostró que el enfoque [de la Dra. Chipty] era incorrecto porque daba lugar a muchos más positivos falsos que su enfoque". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 946). Honduras reconoce que "el Grupo Especial rechaza las pruebas presentadas por el Profesor List que muestran el elevado número de positivos falsos asociados al método empleado por la Dra. Chipty sobre la base de una muestra de 111 observaciones porque '[n]o está claro ... en qué medida los resultados del profesor List cambiarían si el tamaño de la muestra aumentase', señalando que la Dra. Chipty se basa en 177 observaciones". (*Ibid.*, donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110) Honduras sostiene que eso "difícilmente constituye una explicación razonada y adecuada para concluir este debate en favor de la experta de Australia", y subraya que "[l]a Dra. Chipty no demostró que, si se aplica la misma prueba a sus 177 observaciones, los positivos falsos serían menos", lo que, a juicio de Honduras, demuestra que el Grupo Especial aplicó una "doble norma de la prueba". (*Ibid.*)

⁶⁵⁸ Véanse los párrafos 6.203-6.204 *supra*.

⁶⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 944 (donde se cita el cuarto informe suplementario de Klick (Prueba documental HND-169 presentada al Grupo Especial), párrafo 18).

⁶⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 943 donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 110).

⁶⁶¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 943.

método alternativo de cálculo de los errores estándar que, según ellos, se ajusta para reflejar con mayor exactitud la propuesta inicial de Newey y West (1994).⁶⁶²

6.213. Procedemos a examinar si esta declaración del Grupo Especial tergiversa las pruebas. Observamos que el Grupo Especial se refirió tanto al Profesor List como al IPE. Con respecto al IPE, señalamos que en su primer informe al Grupo Especial se indica que empleó los "errores estándar consistentes en presencia de heteroscedasticidad y autocorrelación (HAC) ... aplicados en el comando 'ivreg2' de STATA".⁶⁶³ En el segundo informe del IPE se indica asimismo que se utilizaron "errores estándar sólidos con respecto a la autocorrelación" y, en el caso de la heteroscedasticidad, "errores estándar sólidos con respecto a la heteroscedasticidad", y que el procedimiento se "aplicó en el comando 'ivreg2', versión 04.1.08, de STATA".⁶⁶⁴ Por consiguiente, el IPE se basó claramente en *ivreg2* en sus informes primero y segundo. No se discute que, posteriormente, el IPE dejó de basarse en *ivreg2* y utilizó el método del Profesor List para calcular el error estándar. Entendemos, por tanto, que la descripción que hizo el Grupo Especial del método del IPE para calcular el error estándar es correcta.

6.214. Pasando al procedimiento del Profesor List para calcular el error estándar, observamos que en 2015 el Profesor List presentó cuatro informes al Grupo Especial, en junio, septiembre, octubre y diciembre. En su cuarto informe, el Profesor List abordó las preocupaciones de la Dra. Chipty relativas a sus cálculos del error estándar. A este respecto, el Profesor List explicó que, "en mis informes de junio y septiembre, reflejé los procedimientos estadísticos llevados a cabo por el IPE, que trataban de indicar errores estándar que fueran sólidos con respecto a dos fuentes de posible sesgo: la heteroscedasticidad y la autocorrelación".⁶⁶⁵ Además, afirmó que, al revisar sus cálculos anteriores del error estándar, "decid[ió] dejar de emplear el complemento de código abierto ('ivreg2') que utiliza Chipty para corregir nuestros errores estándar en el paquete de *software* Stata".⁶⁶⁶ Observamos asimismo que la Dra. Chipty afirmó que el Profesor List había utilizado inicialmente *ivreg2*.⁶⁶⁷ Así pues, el Grupo Especial disponía de abundantes pruebas que indicaban que el Profesor List había utilizado inicialmente *ivreg2*, antes de aplicar un nuevo procedimiento para calcular el error estándar. Por consiguiente, entendemos que el Grupo Especial caracterizó correctamente la "evolución" de las pruebas de los expertos tanto de la República Dominicana como de Honduras, y que es Honduras la que ahora, en apelación, parece caracterizar erróneamente esa evolución.

6.215. Antes de concluir, nos referimos brevemente a la afirmación de Honduras de que la declaración del Grupo Especial de que "existe incertidumbre en cuanto al método apropiado que hay que utilizar y ... que, 'según los desarrolladores del STATA, las fórmulas utilizadas en *ivreg2* cumplen los criterios necesarios de la optimalidad asintótica'" es un reflejo falso del intercambio por correo electrónico entre el equipo de la Dra. Chipty y los desarrolladores del STATA.⁶⁶⁸ Honduras afirma que "[l]os desarrolladores del STATA se limitaron a responder a la pregunta específica sobre los rezagos formulada por la Dra. Chipty y contestaron que no hay una regla de oro salvo que esto se

⁶⁶² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 110 (donde se hace referencia al informe del IPE (Prueba documental DOM-100 presentada al Grupo Especial); al informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303 presentada al Grupo Especial); al informe de List (Prueba documental DOM/IDN-1 presentada al Grupo Especial); al informe de réplica de List (Prueba documental DOM/IDN-3 presentada al Grupo Especial); al segundo informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-361 presentada al Grupo Especial); al tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375 presentada al Grupo Especial); al informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial); al segundo informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-5 presentada al Grupo Especial); al tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial); y al informe resumido de List (Prueba documental DOM/IDN-9 presentada al Grupo Especial)). (no se reproducen las notas de pie de página)

⁶⁶³ Informe del IPE (Prueba documental DOM-100 presentada al Grupo Especial), nota 83, página 70.

⁶⁶⁴ Informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303 presentada al Grupo Especial), nota 52 al párrafo 65.

⁶⁶⁵ Tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial), párrafo 44.

⁶⁶⁶ Tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7 presentada al Grupo Especial), párrafo 46.

⁶⁶⁷ Según la Dra. Chipty, "el propio Profesor List utilizó el mismo código de Stata, tanto en su informe de junio de 2015 como en su informe de septiembre de 2015". (Segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), párrafo 13) (no se reproduce el resalte)

⁶⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 946 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110).

tiene que adaptar en caso necesario. Los desarrolladores del STATA no dijeron que el rezago 20 utilizado por la Dra. Chipty fuera exacto; tampoco dijeron que Ivreg2 [sic] fuera apropiado y, de hecho, insistieron en la necesidad de verificar esta cuestión caso por caso".⁶⁶⁹

6.216. Señalamos que este argumento se refiere a la constatación del Grupo Especial de que, "según los desarrolladores del STATA, las fórmulas utilizadas en ivreg2 cumplen los criterios necesarios de la optimalidad asintótica".⁶⁷⁰ Observamos que, tras las comunicaciones que intercambiaron la Dra. Chipty con los desarrolladores del STATA⁶⁷¹, el IPE se comunicó con estos últimos.⁶⁷² En su respuesta a la comunicación del IPE, los desarrolladores del STATA dijeron que "la elección de este parámetro no está bien establecida en la literatura, y las fórmulas que utilizamos cumplen los criterios necesarios de la optimalidad asintótica".⁶⁷³ En nuestra opinión, parece que Honduras simplemente ha basado su argumento en apelación en la correspondencia de la Dra. Chipty con los desarrolladores del STATA y ha prescindido totalmente de la correspondencia del IPE con los desarrolladores. El Grupo Especial basó claramente su constatación en las pruebas que tenía ante sí.

6.217. Por consiguiente, consideramos que Honduras no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error con respecto a la evaluación que este realizó del desacuerdo de las partes acerca del procedimiento para calcular el error estándar.

Scollo et al. 2015a

6.218. En la etapa 3 de su análisis del *consumo de cigarrillos*, al resumir los "[c]onjuntos de datos y estudios conexos" facilitados por las partes, el Grupo Especial señaló que "[e]n Scollo et al. se usaron los datos de la NTPPTS para evaluar los cambios del precio pagado notificado y del número notificado de cigarrillos consumidos después de la introducción de las medidas TPP y las ASG ampliadas en el período anterior y posterior al gran aumento del impuesto especial el 1º de diciembre de 2013".⁶⁷⁴ El Grupo Especial explicó que "[e]n general, Scollo et al. concluyen, entre otras cosas, que durante el primer año de la implementación [la introducción de] las medidas TPP y las ASG ampliadas no se asoció con un cambio en el consumo entre los fumadores diarios, consuetudinarios o actuales ni entre los fumadores de marcas en cualquier segmento del mercado".⁶⁷⁵

6.219. Honduras aduce que, en la etapa 3 del análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial, este no trató de "armonizar la conclusión de la Dra. Chipty con la totalidad de las pruebas que apuntan en la dirección contraria, incluido el artículo examinado por homólogos del Dr. Scollo que se publicó en *Tobacco Control*, a pesar de su enfoque declarado relativo a la 'totalidad de las pruebas'".⁶⁷⁶ Honduras sostiene que el Grupo Especial redujo a cero las pruebas contrarias y "no formuló una conclusión razonada y adecuada de cómo se corresponden sus 'conclusiones generales' con el resto de los hechos obrantes en el expediente, incluido, aunque no exclusivamente, ese importante estudio del Dr. Scollo".⁶⁷⁷

6.220. Australia sostiene que un grupo especial no "se excede de los límites de sus facultades de determinación de los hechos cuando evalúa pruebas periciales contradictorias y determina que las

⁶⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 946.

⁶⁷⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 132 al párrafo 110 (donde se hace referencia al informe resumido de List (Prueba documental DOM/IDN-9 presentada al Grupo Especial), párrafos 95-98).

⁶⁷¹ Véase el segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), figuras B.1 y B.2, páginas B.1 y B.2.

⁶⁷² Informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial), figura 6.1-3, página 70.

⁶⁷³ Informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379 presentada al Grupo Especial), figura 6.1-3, página 70.

⁶⁷⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 89 (donde se hace referencia a M. Scollo, M. Zacher, K. Coomber, M. Bayly y M. Wakefield, "Changes in Use of Types of Tobacco Products by Pack Sizes and Price Segments, Prices Paid and Consumption Following the Introduction of Plain Packaging in Australia", *Tobacco Control*, volumen 24 (2015) (Scollo et al. 2015a) (Pruebas documentales HND-133, DOM-237 y DOM-311 presentadas al Grupo Especial)).

⁶⁷⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 90. El Grupo Especial también observó que "los autores encuentran que el consumo notificado entre los fumadores consuetudinarios disminuyó significativamente después del aumento de impuestos de diciembre de 2013". (*Ibid.*).

⁶⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 903.

⁶⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 903.

pruebas de un experto son más convincentes o fiables".⁶⁷⁸ Australia explica que "un grupo especial no 'reduce a cero', 'desestima' o 'ignora' pruebas por el simple hecho de que finalmente determine que debe darse un menor peso a las pruebas o que estas deben rechazarse".⁶⁷⁹

6.221. Señalamos que, en la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos, el Grupo Especial no formuló observaciones específicas sobre el valor independiente del artículo de Scollo *et al.* 2015. Señalamos asimismo, sin embargo, que el estudio de Scollo se basaba en los datos de la NTPPTS, mientras que los resultados de la Dra. Chipty se basaban en los datos de IMS/EOS.⁶⁸⁰ A este respecto, el Grupo Especial indicó expresamente que "esta[ba] de acuerdo con Australia en que los datos del mercado de IMS/EOS presentados por las partes son los más adecuados".⁶⁸¹ Señaló que, "por comparación con los datos de IMS/EOS, las otras fuentes de datos del mercado ... plantean muchos inconvenientes", y explicó por qué las otras fuentes de datos del mercado eran inferiores a los datos de IMS/EOS.⁶⁸² Por consiguiente, entendemos que las constataciones del Grupo Especial abordan el valor relativo del artículo de Scollo frente a los resultados econométricos de la Dra. Chipty, y que en consecuencia Honduras no ha demostrado que el Grupo Especial desestimara esas pruebas o no explicara por qué consideró que los resultados econométricos de la Dra. Chipty eran más creíbles que los de Scollo *et al.* 2015a.

Brevedad de la explicación dada por el Grupo Especial sobre su utilización de las pruebas de Australia

6.222. Honduras sostiene que "dos párrafos conclusivos breves e infundados para 'explicar' una determinación que cierra un debate que se prolongó durante más de un año e incluyó aproximadamente 15 informes de expertos e informes de réplica no [son] lo adecuado con arreglo a ningún criterio".⁶⁸³

6.223. Australia no aborda específicamente este argumento.

6.224. Entendemos que este argumento se refiere a la descripción que hizo el Grupo Especial de los modelos econométricos de la Dra. Chipty en sus análisis de la prevalencia de tabaquismo y del

⁶⁷⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 438 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.193; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), párrafo 435).

⁶⁷⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 438 (donde se citan la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 728, 775, 793, 813, 885, 903 y 1034; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 746, 874, 906 y 934; y donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202; *China - Tierras raras*, párrafo 5.197; y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 212).

⁶⁸⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 60 y 89.

⁶⁸¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 102.

⁶⁸² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 103-104. También señalamos, a este respecto, la distinción establecida por el Grupo Especial entre los *datos del mercado* y los *conjuntos de datos de encuesta*, y destacamos que el conjunto de datos de la NTPPTS consistía en datos de encuesta y no en datos del mercado. (Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 23 y 87-88). El Grupo Especial indicó que los conjuntos de datos de encuesta sobre el consumo de cigarrillos que utilizaron algunos de los expertos de los reclamantes para analizar la repercusión de las medidas TPP se "examinar[ían] en detalle al abordar el análisis econométrico". (*Ibid.*, apéndice D, párrafo 23). Aunque el Grupo Especial no formuló más críticas sobre los datos de la NTPPTS en el apéndice D, *sí* señaló, en el contexto de la estimación del valor de los datos de la CITTS, que "los datos de encuestas, como la CITTS, pueden ... ser más idóneos para analizar la repercusión de las medidas TPP sobre los desenlaces proximales ... que sobre los desenlaces más distales (como los comportamientos tabáquicos)". (*Ibid.*, apéndice D, párrafo 112). En el apéndice B, referente a los datos de la CITTS, así como a los datos de la NTPPTS, el Grupo Especial observó, sin distinción, que "los datos de encuestas ... pueden ... ser más idóneos para analizar la repercusión de las medidas TPP y las ASG ampliadas sobre los desenlaces proximales ... que sobre los desenlaces más distales". (*Ibid.*, apéndice B, párrafo 118). Esa declaración del Grupo Especial se basó en gran medida en un argumento esgrimido por Australia según el cual "la estructura de los datos de la NTPPTS probablemente sea más apropiada para detectar cambios en los desenlaces proximales que en las variables más distantes, como los comportamientos relativos al abandono del hábito". (*Ibid.*, apéndice B, párrafo 73 (sin resalte en el original)). Además, en el apéndice C, en el contexto de las críticas sobre las fuentes de datos consideradas por el Profesor Klick, el Grupo Especial indicó que el conjunto de datos de la NTPPTS "no mide[] en realidad la prevalencia de tabaquismo porque la muestra incluye únicamente fumadores y exfumadores recientes". (*Ibid.*, apéndice C, párrafo 100). En nuestra opinión, no hay ninguna razón para considerar que las críticas anteriores formuladas por el Grupo Especial sobre los conjuntos de datos de encuesta, incluido el conjunto de datos de la NTPPTS, no son igualmente aplicables a la evaluación realizada por el Grupo Especial del estudio de Scollo *et al.* 2015a.

⁶⁸³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 885.

consumo de cigarrillos, cada uno de los cuales es de solo dos párrafos (sin contar un breve párrafo de conclusión para cada análisis).⁶⁸⁴ A nuestro parecer, puede haber varias razones para que un grupo especial sea conciso en su trato de las pruebas (por ejemplo, puede considerar que todo un conjunto de pruebas no es pertinente para la cuestión de que se trata). En la presente diferencia, un examen de las constataciones del Grupo Especial indica que la conclusión general del Grupo Especial se elaboró sobre la base de su estimación del valor de todas las pruebas, incluidas las de Australia y las de los reclamantes. En efecto, el Grupo Especial solo pudo considerar que los modelos de Australia eran más creíbles sobre la base de una *comparación* de la solidez de esos modelos y la de los modelos de los reclamantes. No vemos nada que no sea objetivo *per se* en el hecho de que el Grupo Especial pudiera resumir, en dos párrafos, sus razones para considerar que las pruebas de Australia eran más creíbles que las de los reclamantes.

6.225. Por lo tanto, no consideramos que Honduras haya demostrado que la brevedad de la explicación dada por el Grupo Especial sobre su utilización de las pruebas de Australia demuestre falta de objetividad alguna en la evaluación que hizo el Grupo Especial del asunto que se le había sometido.

Preocupaciones de debido proceso

6.226. Los apelantes alegan que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, al evaluar determinadas pruebas econométricas posteriores a la implementación presentadas por las partes.⁶⁸⁵

6.227. Honduras sostiene que, en el ejercicio de las facultades que le confieren el artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial debería haber nombrado un experto para que le prestase asesoramiento al abordar las pruebas posteriores a la implementación en los apéndices A a E de su informe.⁶⁸⁶ En cambio, el Grupo Especial recurrió "a algo parecido a un experto 'fantasma' para que lo asesorase".⁶⁸⁷ Como resultado, "las partes no estaban en condiciones de responder a varias de las críticas (equivocadas) que el Grupo Especial había elaborado de manera independiente a través de su 'experto fantasma'".⁶⁸⁸ Honduras alega que, al arrogarse la tarea de evaluar el carácter probatorio de las pruebas econométricas sin recabar el asesoramiento de un experto, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.⁶⁸⁹

6.228. La República Dominicana alega que la evaluación que hizo el Grupo Especial de la no estacionariedad y la multicolinealidad se llevó a cabo sin respetar sus derechos de debido proceso.⁶⁹⁰ La República Dominicana señala que los conceptos de no estacionariedad y multicolinealidad nunca se analizaron con las partes durante la etapa informativa de las actuaciones del Grupo Especial.⁶⁹¹ Aun así, según la República Dominicana, el Grupo Especial rechazó las pruebas econométricas de los reclamantes debido a preocupaciones relacionadas con la no estacionariedad y la multicolinealidad que el propio Grupo Especial había identificado, utilizando una prueba econométrica que había elaborado y ejecutado por iniciativa propia, sin dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones.⁶⁹² A juicio de la República Dominicana, ello dio lugar a "una denegación fundamental de los derechos de debido proceso, que constituyen el elemento central de cualquier sistema de solución de diferencias equitativo e independiente".⁶⁹³ La República Dominicana

⁶⁸⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121; e *ibid.*, apéndice D, párrafos 115-116.

⁶⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 696, 709, 719 y 1055-1071; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 51-52, 304, 390-391 y 395.

⁶⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1055 y 1068-1069. Según Honduras, los argumentos de las partes eran de un carácter tan técnico y fundamental que el Grupo Especial estaba "obligado a recabar el asesoramiento de un experto, o un grupo de expertos, para respaldar la evaluación del carácter probatorio de las pruebas presentadas". (*Ibid.*, párrafo 1068).

⁶⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1070.

⁶⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1070.

⁶⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1071.

⁶⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 57.

⁶⁹¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 41, 296 y 382-383.

⁶⁹² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 42, 298-299 y 390.

⁶⁹³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 49.

también sostiene que, al plantear esas preocupaciones por iniciativa propia, el Grupo Especial "abonó los argumentos" de Australia, de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.⁶⁹⁴

6.229. Australia responde que en ningún momento de los más de dos años de las actuaciones del Grupo Especial los apelantes solicitaron al Grupo Especial que ejerciera las facultades que le confieren el artículo 13 del ESD o el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC para nombrar un experto o grupo de expertos que examinase las pruebas econométricas presentadas al Grupo Especial.⁶⁹⁵ Australia sostiene que las facultades discrecionales de un grupo especial en virtud del artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC abarcan la decisión de si solicitar, y cuándo, información adicional.⁶⁹⁶ Además, Australia afirma que una parte importante de las facultades discrecionales de un grupo especial se refiere al razonamiento que adopta al abordar las alegaciones de las partes y que el grupo especial está facultado para desarrollar su propio razonamiento y no tiene que limitarse a los argumentos presentados por las partes.⁶⁹⁷ Para Australia, un grupo especial no "abona los argumentos" de una parte cuando esa parte ha presentado argumentos y pruebas justificantes pertinentes y el grupo especial procede a "examinar todos esos argumentos y pruebas".⁶⁹⁸ Australia hace referencia a la explicación dada por el Órgano de Apelación de que "los grupos especiales no están obligados a analizar con las partes el razonamiento que se proponen desarrollar", siempre que no "adopt[en] un enfoque que se apart[e] de manera tan radical de los argumentos expuestos por las partes que dej[e] a estas la tarea de suponer qué pruebas tendrían que haber aportado".⁶⁹⁹ Por último, Australia señala que Honduras y la República Dominicana podrían haber utilizado el procedimiento de reexamen intermedio previsto en el artículo 15 del ESD para pedir al Grupo Especial que reexaminara las partes pertinentes de su informe, pero no lo hicieron.⁷⁰⁰

6.230. Como cuestión preliminar, tomamos nota de una diferencia en el alcance de las alegaciones de los apelantes. En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, Honduras aclaró que su alegación concierne tanto a: i) quién realizó el análisis en nombre del Grupo Especial (Honduras alega que fue un "experto fantasma" en lugar de un experto o un grupo de expertos nombrados de conformidad con el artículo 13 del ESD o el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC); como a: ii) la supuesta omisión por el Grupo Especial de dar a las partes una oportunidad significativa de formular observaciones sobre el análisis que realizó.⁷⁰¹ En su comunicación del apelante, Honduras indicó que sus alegaciones se refieren a la totalidad del análisis del Grupo Especial que figura en los apéndices A a E de su informe.⁷⁰²

6.231. En cambio, en sus comunicaciones, y según confirmó en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, la República Dominicana indica que el alcance de su alegación es más reducido. Según la República Dominicana, su alegación se limita a la segunda de las preocupaciones planteadas por Honduras, es decir, a la supuesta omisión por el Grupo Especial de dar a las partes una oportunidad significativa de formular observaciones sobre el análisis que realizó. Concretamente, la República Dominicana alega que el Grupo Especial elaboró y ejecutó determinadas pruebas econométricas "por sí mismo, sin dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones".⁷⁰³ La alegación de la República Dominicana se centra en el empleo por el Grupo Especial de las herramientas econométricas de la "multicolinealidad" y la "no estacionariedad".⁷⁰⁴ No obstante, recordamos que la República Dominicana confirmó en la primera

⁶⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 354-361 y 419-424.

⁶⁹⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 429.

⁶⁹⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 469-470.

⁶⁹⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 439 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 156).

⁶⁹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 440 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 566).

⁶⁹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 441 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177).

⁷⁰⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 458-466.

⁷⁰¹ Véase también la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 696, 719, 938 y 980.

⁷⁰² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1068.

⁷⁰³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 42. (no se reproduce el resalte)

⁷⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 42 y 377. Además, en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, la República Dominicana indicó que también le preocupaba que el Grupo Especial hubiera elaborado una serie de variables y análisis gráficos estadísticamente significativos. Entendemos que la República Dominicana se refiere a sus argumentos relativos a la utilización

audiencia que había incorporado por referencia a su apelación, sin excepción, todas las alegaciones y argumentos de Honduras en apelación.⁷⁰⁵

6.232. En cuanto a la afirmación de Honduras de que sus alegaciones se refieren al análisis realizado por el Grupo Especial en la totalidad de los apéndices A a E de su informe⁷⁰⁶, observamos que los apéndices A a E comprenden, en la versión española, 170 páginas del análisis realizado por el Grupo Especial. Al fundamentar sus alegaciones en apelación, Honduras se refiere únicamente a aspectos concretos del análisis realizado por el Grupo Especial, específicamente a la utilización por el Grupo Especial de "nuevos" criterios de solidez (a saber, multicolinealidad y no estacionariedad) "que Australia ni siquiera planteó y que, en los dos años que lleva en curso el presente procedimiento, no se han examinado en ningún momento".⁷⁰⁷ Por consiguiente, nuestro análisis se centra en la utilización por el Grupo Especial de esos dos criterios.

6.233. Comenzamos abordando el argumento de Honduras de que el Grupo Especial estaba obligado a nombrar expertos de conformidad con el artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC y de que, al no hacerlo, no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.⁷⁰⁸ Observamos que Honduras no formuló ninguna alegación al amparo del artículo 13 del ESD o el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC. Sin embargo, Honduras considera que las facultades discrecionales de un grupo especial para nombrar expertos en virtud de esas disposiciones "no son ilimitadas".⁷⁰⁹ En opinión de Honduras, dada la naturaleza de las pruebas en cuestión, el Grupo Especial estaba obligado a nombrar expertos para llevar a cabo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.⁷¹⁰

6.234. Recordamos que en el párrafo 1 del artículo 13 del ESD⁷¹¹ se indica el "derecho", no la obligación, de un grupo especial de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente.⁷¹² Análogamente, en el párrafo 2 del artículo 13 del ESD⁷¹³ y en el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC⁷¹⁴ se emplea el verbo "podrá" para poner de manifiesto el espíritu permisivo de estas disposiciones. Además, la facultad de un grupo especial en virtud del artículo 13 del ESD es de carácter "amplio"⁷¹⁵, e "incluye también la facultad de decidir *no recabar* tal información o asesoramiento en absoluto".⁷¹⁶

6.235. Habida cuenta de las amplias facultades para recabar información que el artículo 13 del ESD confiere a un grupo especial, consideramos que el Grupo Especial tenía facultades discrecionales

por el Grupo Especial de la Figura C.19 del apéndice C de su informe. (Véase la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 202-212). Nos ocupamos de esta cuestión en los párrafos 6.344-6.345 *infra*.

⁷⁰⁵ Recordamos que, en su anuncio de apelación, la República Dominicana indicó que "incorpora[ba] por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación por Honduras". (Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 16). Asimismo, en respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia de los presentes procedimientos de apelación, la República Dominicana confirmó que incorporaba todas las alegaciones y los argumentos formulados por Honduras en apelación. En consecuencia, entendemos que toda referencia a las alegaciones y argumentos de Honduras a lo largo de estos informes incluye también una referencia a las alegaciones y argumentos de la República Dominicana.

⁷⁰⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1068.

⁷⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1075.

⁷⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1068-1069.

⁷⁰⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1057.

⁷¹⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 938 y 1055-1063.

⁷¹¹ El párrafo 1 del artículo 13 del ESD establece, en la parte pertinente, que "[c]ada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente".

⁷¹² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 153; *CE - Sardinas*, párrafo 302; y *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafos 343-344.

⁷¹³ El párrafo 2 del artículo 13 del ESD establece, en la parte pertinente, que "[l]os grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión".

⁷¹⁴ El párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC establece que, "[a] petición de una parte en una diferencia, o por iniciativa propia, un grupo especial podrá establecer un grupo de expertos técnicos que preste asesoramiento en cuestiones de naturaleza técnica que exijan una detallada consideración por expertos".

⁷¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 104.

⁷¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 104. (con resalte en el original) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 439; *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 439; y *CE - Hormonas*, párrafo 147.

para decidir si recababa el asesoramiento de expertos.⁷¹⁷ No consideramos que el carácter técnico de las pruebas tratadas en los apéndices A a E entrañe automáticamente que el Grupo Especial estaba "obligado" a recabar el asesoramiento de expertos externos para evaluar dichas pruebas. Asimismo, con respecto a las pruebas econométricas evaluadas por el Grupo Especial en los apéndices A a E de su informe, observamos que ninguno de los reclamantes pidió al Grupo Especial que contase con expertos, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC, "que preste[n] asesoramiento en cuestiones de naturaleza técnica". Al no haber una petición de los reclamantes en el marco del párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC, no podemos aceptar el argumento de Honduras en apelación de que el Grupo Especial puso en peligro, de algún modo, los derechos de debido proceso de las partes al no recabar el asesoramiento de expertos por propia iniciativa. Si las partes opinaban que era, como afirma Honduras, "absolutamente necesario"⁷¹⁸ que el Grupo Especial recabara el asesoramiento de expertos, tenían libertad para pedir al Grupo Especial que hiciera exactamente eso. El Grupo Especial no actuó de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto con arreglo al artículo 11 del ESD simplemente al tratar de evaluar las pruebas que se le habían sometido sin contar con expertos.

6.236. Pasamos ahora a ocuparnos de las alegaciones de los apelantes relativas a la supuesta omisión por el Grupo Especial de conceder las debidas garantías procesales a los reclamantes al no darles una oportunidad de formular observaciones sobre las preocupaciones del Grupo Especial en relación con la multicolinealidad y la no estacionariedad.

6.237. Recordamos la explicación del Grupo Especial de que la multicolinealidad se presenta cuando "dos o más variables explicativas transmiten la misma información", en cuyo caso "el poder predictivo del modelo no se modifica, pero el intervalo de confianza de las estimaciones de los coeficientes puede aumentar" y "las estimaciones de los coeficientes pueden volverse muy sensibles a cambios menores en las especificaciones del modelo o los datos".⁷¹⁹ El Grupo Especial consideró que una forma de mitigar la multicolinealidad consiste en aumentar el período de la muestra.⁷²⁰ El Grupo Especial observó además que "[l]a multicolinealidad se confirma mediante el estadístico de los factores de inflación de la varianza".⁷²¹ Con respecto a la no estacionariedad, el Grupo Especial explicó que "[s]e dice de una variable que es estacionaria cuando sus propiedades estadísticas, como la media y la varianza, son constantes a lo largo del tiempo".⁷²² El Grupo Especial afirmó que "la teoría econométrica recomienda no elaborar un modelo cuando la variable dependiente (es decir, la prevalencia de tabaquismo) es estacionaria y una de las variables explicativas (es decir, el nivel impositivo o el precio) no es estacionaria, a fin de evitar resultados espurios y sesgados".⁷²³

6.238. En la presente diferencia, el Grupo Especial se basó en la multicolinealidad como criterio de solidez para comprobar el peso y el valor probatorio de determinados modelos econométricos de las partes abordados en los apéndices B a E.⁷²⁴ El Grupo Especial también se basó en el concepto de no

⁷¹⁷ Recordamos también que el Grupo Especial recurrió en gran medida al mecanismo establecido en el artículo 13 del ESD. Durante las actuaciones del Grupo Especial, las partes solicitaron varias veces al Grupo Especial que en ejercicio de sus facultades recabara, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13, información relativa a las pruebas presentadas por otra parte. El Grupo Especial también obró en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 13 para recabar información de las secretarías de la OMS y el CMCT, la Oficina Internacional de la OMPI, el CCQ y el CCV. (Informe del Grupo Especial, párrafos 1.56-1.57).

⁷¹⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1060.

⁷¹⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁷²⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁷²¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 119 al párrafo 107; e *ibid.*, apéndice D, nota 143 al párrafo 109.

⁷²² Informe del Grupo Especial, apéndice C, nota 120 al párrafo 107.

⁷²³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁷²⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116; *ibid.*, apéndice C, párrafos 107-108 y 120; *ibid.*, apéndice D, párrafos 106-110; e *ibid.*, apéndice E, párrafos 29, 51 y 54. Observamos que, con respecto a su evaluación de las pruebas posteriores a la implementación sobre los resultados distales, en el apéndice B de su informe, el Grupo Especial hizo una única referencia a la "multicolinealidad". Específicamente, el Grupo Especial cuestionó los resultados de la estimación de Ajzen *et al.*, que se habían obtenido con los datos muestreados de nuevo sobre la base del método de puesta a prueba de múltiples hipótesis. El Grupo Especial señaló que los resultados "induciría[n] a pensar que los datos de repetición del muestreo están sujetos a la multicolinealidad". Esta única referencia a la "multicolinealidad" y la declaración en que figura parece anecdótica, puesto que el Grupo Especial no se basó en esta declaración ni en ningún examen de la "multicolinealidad" para llegar a su conclusión sobre la asociación entre los resultados proximales y los distales basándose en los datos de la NPTTS. (Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 111-116). En consecuencia, no consideramos que la referencia del Grupo Especial a la "multicolinealidad" en el apéndice B justifique un examen más detenido.

estacionariedad como criterio de solidez para comprobar el peso y el valor probatorio de determinados modelos econométricos de las partes abordados en los apéndices C a D.⁷²⁵

6.239. Es importante señalar que, en su examen de las pruebas posteriores a la implementación sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo, el Grupo Especial no rechazó ninguno de los modelos econométricos presentados por las partes sobre la base de ningún criterio individual de solidez.⁷²⁶ Más bien, el Grupo Especial identificó varias preocupaciones en las pruebas econométricas de los reclamantes, indicó que las pruebas de Australia abordaban varias de esas preocupaciones y después sacó conclusiones sobre la base de las pruebas de Australia. Recordamos también que la multicolinealidad y la no estacionariedad eran dos de las preocupaciones identificadas por el Grupo Especial en las pruebas de los reclamantes.⁷²⁷ El Grupo Especial consideró que algunos de los modelos de prevalencia de tabaquismo y consumo proporcionados por la experta de Australia, la Dra. Chipty, evitaban los problemas de la multicolinealidad y la no estacionariedad.⁷²⁸ El Grupo Especial se basó en esta consideración, entre otras cosas, para concluir que las pruebas de la Dra. Chipty relativas a la prevalencia de tabaquismo y el consumo eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes, lo que bastó para que el Grupo Especial concluyera que había algunas pruebas econométricas de que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo y el consumo.⁷²⁹

6.240. El examen de las pruebas empíricas y econométricas lo han llevado a cabo habitualmente los grupos especiales de la OMC. En *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), el Órgano de Apelación formuló observaciones sobre el deber de un grupo especial al examinar pruebas y modelos econométricos presentados por las partes, y señaló que "[l]a relativa complejidad de un modelo y sus parámetros no es una razón para que un grupo especial se declare agnóstico con respecto a ellos".⁷³⁰ Antes bien, un grupo especial debe "llegar a conclusiones con respecto al valor probatorio que asigna a las simulaciones o modelos económicos que se le presentan".⁷³¹

6.241. Sin embargo, en apoyo de su alegación, Honduras indica que "está profundamente preocupada por el análisis novedoso y técnico que hizo del Grupo Especial de las pruebas presentadas".⁷³² Análogamente, la República Dominicana declara que "no cuestiona la decisión del Grupo Especial de utilizar el criterio de solidez [de la multicolinealidad] *per se*, sino el proceso que siguió el Grupo Especial, que carecía de objetividad".⁷³³ Estas declaraciones, así como las respuestas de los apelantes a preguntas formuladas en la segunda audiencia, nos indican que ni Honduras ni la República Dominicana consideran que la utilización por el Grupo Especial de las herramientas econométricas de la multicolinealidad y la no estacionariedad estuviera prohibida, *per se*, en el marco del artículo 11 del ESD. Más bien, los apelantes mantienen que la apreciación y valoración por el Grupo Especial de los hechos que tenía ante sí, que lo llevaron a sus constataciones fácticas, y en particular su utilización de la multicolinealidad y la no estacionariedad, deberían haber sido analizadas con las partes.

6.242. Por su parte, Australia sostiene que un grupo especial, al desarrollar su razonamiento, tiene libertad para examinar determinadas pruebas con mayor detalle si los hechos justifican hacerlo.⁷³⁴

⁷²⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107; e *ibid.*, apéndice D, párrafos 44, 106 y 116.

⁷²⁶ Véase el párrafo 6.133 *supra*.

⁷²⁷ Por lo que respecta a la multicolinealidad, véase el informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116; *ibid.*, apéndice C, párrafos 107-108 y 120, nota 119 al párrafo 107 y nota 122 al párrafo 108; *ibid.*, apéndice D, párrafos 43, 106 y 109-110; e *ibid.*, apéndice E, párrafos 29 y 51-54. Por lo que respecta a la no estacionariedad, véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 107 y 120, y nota 120 al párrafo 107; e *ibid.*, apéndice D, párrafos 44, 106 y 116, nota 46 al párrafo 43 y nota 146 al párrafo 109.

⁷²⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 115.

⁷²⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 123; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 137.

⁷³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 357.

⁷³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 357. A este respecto, el grupo especial no solo debe "examin[ar] el modelo, los parámetros utilizados por cada parte y los argumentos formulados por las partes, [y tomar nota] de los diferentes resultados generados por las simulaciones realizadas por cada parte, [el grupo especial puede ir] más allá en su evaluación y su análisis comparativo de las simulaciones económicas y los parámetros concretos utilizados". (*Ibid.*, párrafos 357-358) (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷³² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 938.

⁷³³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 364.

⁷³⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 440.

En el mismo sentido, Australia sostiene que los grupos especiales pueden realizar análisis adicionales de las pruebas estadísticas para resolver de manera más completa determinadas cuestiones de hecho⁷³⁵, y que un grupo especial no se excede de sus facultades discrecionales por atribuir menos valor probatorio a determinadas pruebas o por rechazarlas, a la vista de preocupaciones relacionadas con la fiabilidad.⁷³⁶

6.243. En el desempeño de su función en el marco del artículo 11 del ESD de "hacer ... una evaluación objetiva de los hechos", los grupos especiales "están obligados a examinar y tomar en consideración, no solo las pruebas presentadas por una u otra de las partes, sino todas las pruebas a su alcance, y a evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba".⁷³⁷ Si bien los grupos especiales no pueden "formular constataciones afirmativas que no tengan fundamento en las pruebas contenidas en el expediente"⁷³⁸, al evaluar el valor probatorio de las pruebas, no están obligados a "atribuir a las pruebas fácticas ... el mismo sentido y peso que [las partes]".⁷³⁹ Además, "[p]uede darse el caso de que un grupo especial no pueda realizar una evaluación objetiva del asunto, como dispone el artículo 11 del ESD, si en su razonamiento tiene que limitarse exclusivamente a utilizar argumentos presentados por las partes en la diferencia".⁷⁴⁰ Recordamos asimismo que un reclamante debe satisfacer la carga de la prueba que le incumbe presentando pruebas y argumentos que sean suficientes para hacer una acreditación *prima facie* respecto de cada uno de los elementos de sus alegaciones. Cuando el reclamante ha establecido una presunción *prima facie*, "en principio el grupo especial puede basarse en los argumentos y pruebas obrantes en el expediente, o desarrollar su propio razonamiento para llegar a sus constataciones, a condición de que lo haga de manera compatible con los requisitos del debido proceso".⁷⁴¹

6.244. El Órgano de Apelación se ha ocupado de la importancia del debido proceso en muchas ocasiones. Una de las cosas que ha dicho es que la protección del debido proceso "es una característica esencial de un sistema resolutorio basado en normas como el establecido en el ESD", y que "el requisito de las debidas garantías procesales es fundamental para asegurar la sustanciación equitativa y regular del procedimiento de solución de diferencias".⁷⁴² Además, el debido proceso está intrínsecamente vinculado con las ideas de equidad, imparcialidad y "los derechos de las partes a ser oídas y a que se les conceda una oportunidad adecuada de llevar adelante sus alegaciones, exponer sus defensas y demostrar los hechos en el contexto de un procedimiento llevado a cabo de manera equilibrada y ordenada, de acuerdo con normas establecidas".⁷⁴³ Al hacer una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido, un grupo especial debe examinar con las partes todas las cuestiones pertinentes que surjan en la diferencia en el curso de las actuaciones.⁷⁴⁴ Al mismo tiempo, ello no obliga a un grupo especial a analizar con las partes el razonamiento que se propone desarrollar ni a considerar con las partes las constataciones y conclusiones que se propone adoptar

⁷³⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 439 y nota 569 a dicho párrafo (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafos 357-358).

⁷³⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 438 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafos 5.197 y 5.212).

⁷³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.

⁷³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142.

⁷³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)* (párrafo 5 del artículo 21 - China), párrafo 5.61.

⁷⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 156.

⁷⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.176-7.177 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 192; *CE - Hormonas*, párrafos 98 y 156; *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafos 166 y 181; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 140, 270, 280 y 282; *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 156; *Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.215; *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 19, WT/DS33/AB/R; *Japón - Manzanas*, párrafo 159; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129; *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 566; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150; *Australia - Salmón*, párrafo 278; *CE - Banano III*, párrafo 141; *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 88; *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 121; *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), nota 2323 al párrafo 1137; y *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafos 343 y 347).

⁷⁴² Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 433; *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 433; y *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 88.

⁷⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 147.

⁷⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 1137.

para resolver la diferencia.⁷⁴⁵ No obstante, se podrían comprometer las debidas garantías procesales cuando el grupo especial adopta un enfoque que se aparta de manera tan radical de los argumentos expuestos por las partes que deja a estas la tarea de suponer qué pruebas tendrían que haber aportado.⁷⁴⁶

6.245. Volviendo a las circunstancias del presente asunto, recordamos que, en el examen de las pruebas posteriores a la implementación sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo⁷⁴⁷, la multicolinealidad y la no estacionariedad fueron dos de las preocupaciones identificadas por el Grupo Especial en relación con determinadas pruebas aportadas por los reclamantes.⁷⁴⁸ Además, el Grupo Especial se basó, entre otras cosas, en el hecho de que determinados elementos de prueba de Australia *no* se veían afectados por esas preocupaciones para concluir que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo y el consumo.⁷⁴⁹ Nuestro examen del expediente del Grupo Especial indica que las partes no identificaron esas preocupaciones, sino que fue el propio Grupo Especial el que las planteó. Por otra parte, el Grupo Especial no formuló preguntas a las partes ni invitó de otro modo a las partes a formular observaciones sobre la utilización de esos criterios de solidez al abordar las pruebas presentadas por las partes. Parece que estas tuvieron conocimiento por primera vez de las posibles preocupaciones relacionadas con la multicolinealidad y la no estacionariedad cuando el Grupo Especial dio traslado de su informe provisional a las partes, el 2 de mayo de 2017.⁷⁵⁰ En la etapa intermedia de reexamen, los reclamantes no plantearon preocupaciones relativas a la identificación de esas preocupaciones por el Grupo Especial.⁷⁵¹

6.246. Observamos que, para identificar las preocupaciones relativas a la multicolinealidad y la no estacionariedad en las pruebas de las partes, el Grupo Especial se vio obligado a realizar pruebas de VIF y de raíz unitaria.⁷⁵² La utilización por el Grupo Especial de esas pruebas técnicas fue pertinente para su evaluación de la credibilidad de las pruebas y para su determinación definitiva de que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo y el consumo. Por lo tanto, esas pruebas técnicas complejas tuvieron un papel importante en la evaluación de las pruebas por el Grupo Especial. Observamos además que la realización de esas pruebas comportó un cierto grado de discrecionalidad por parte del Grupo Especial en cuanto a si las preocupaciones relativas a la multicolinealidad y la no estacionariedad eran razones legítimas, y en qué medida, para poner en cuestión la fiabilidad de las pruebas.⁷⁵³ Dado que esas preocupaciones no fueron introducidas por las partes, sino que emanaron del propio Grupo Especial, y habida cuenta de su carácter sumamente técnico y de la discrecionalidad del Grupo Especial al basarse en ellas, consideramos que el Grupo Especial debería haber examinado esas cuestiones con las partes.

6.247. Tomamos nota del argumento de Australia de que los reclamantes podrían haber utilizado la etapa intermedia de reexamen para pedir al Grupo Especial que reexaminara las partes pertinentes del informe del Grupo Especial de conformidad con el artículo 15 del ESD, pero optaron por no hacerlo.⁷⁵⁴ Australia señala que la "conducta de las partes" es una consideración pertinente en la evaluación de una alegación relativa al debido proceso formulada por una parte y que tal alegación debe rechazarse cuando la parte no ha planteado objeciones no obstante la oportunidad de hacerlo.⁷⁵⁵

⁷⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

⁷⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 2323 al párrafo 1137; y *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 347.

⁷⁴⁷ Informe del Grupo Especial, apéndices C y D.

⁷⁴⁸ Véase la nota 725 al párrafo 6.239 *supra*.

⁷⁴⁹ Véase el párrafo 6.239 *supra*.

⁷⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.32.

⁷⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1-6.103.

⁷⁵² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 33; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 115, nota 46 al párrafo 43 y nota 146 al párrafo 109.

⁷⁵³ En cambio, entendemos que la realización y utilización por el Grupo Especial de una prueba de comparación de medias en la etapa 2 de su análisis del consumo de cigarrillos no comportó esa discrecionalidad al interpretar los resultados, sino que más bien fue simplemente equivalente a verificar si las pruebas corroboraban las afirmaciones contradictorias de las partes. (Véase el párrafo 6.122 *supra*).

⁷⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 464.

⁷⁵⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 466.

6.248. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 15 del ESD dispone, en su parte pertinente, lo que sigue:

Dentro de un plazo fijado por él, cualquiera de las partes podrá presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional antes de la distribución del informe definitivo a los Miembros. A petición de parte, el grupo especial celebrará una nueva reunión con las partes sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. De no haberse recibido observaciones de ninguna parte dentro del plazo previsto a esos efectos, el informe provisional se considerará definitivo y se distribuirá sin demora a los Miembros.

6.249. El párrafo 2 del artículo 15 se refiere al informe provisional del grupo especial y a la etapa intermedia de reexamen de sus actuaciones. La segunda frase del párrafo 2 del artículo 15 permite que las partes, durante la etapa intermedia de reexamen de las actuaciones de un grupo especial, "presenten observaciones sobre el proyecto de informe del que les ha dado traslado el grupo especial, y pidan 'que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional'".⁷⁵⁶ Además, la tercera frase concede a las partes el derecho a solicitar una reunión "sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas".⁷⁵⁷

6.250. Los grupos especiales han interpretado que el párrafo 2 del artículo 15 entraña que el "objeto de la [etapa intermedia de reexamen es] examinar aspectos concretos y particulares del informe provisional".⁷⁵⁸ En este sentido, los grupos especiales han rechazado peticiones de un "examen de la totalidad del informe"⁷⁵⁹ o de "secciones enteras del informe".⁷⁶⁰ Del mismo modo, los grupos especiales han considerado que el reexamen intermedio "no es el foro adecuado para volver a aducir los argumentos ya expuestos a un grupo especial".⁷⁶¹ Además, el Órgano de Apelación ha explicado que "[la etapa intermedia de reexamen] no es el momento oportuno para presentar nuevas pruebas".⁷⁶²

6.251. Recordamos que las partes parecen haber tenido conocimiento por primera vez de que el Grupo Especial se basó en la multicolinealidad y la no estacionariedad cuando este dio traslado de su informe provisional a las partes, el 2 de mayo de 2017.⁷⁶³ En su carta a las partes en que les daba traslado del informe provisional, el Grupo Especial las invitó a presentar cualquier observación sobre dicho informe o a solicitar una reunión de reexamen intermedio a más tardar el 6 de junio de 2017. A falta de solicitudes de una reunión de reexamen intermedio, el Grupo Especial invitó a las partes a presentar nuevas observaciones por escrito sobre las peticiones de reexamen de las demás partes a más tardar el 4 de julio de 2017.

6.252. El 6 de junio de 2017, la República Dominicana presentó al Grupo Especial sus observaciones sobre el informe provisional. La República Dominicana no solicitó que se celebrara una reunión de reexamen intermedio. En cambio, en su carta de acompañamiento, la República Dominicana "dej[ó] constancia de su decepción por el informe provisional del Grupo Especial".⁷⁶⁴ La República Dominicana también presentó, como observación provisional, un cuadro que, según la descripción de la propia República Dominicana, "cont[enía] una lista indicativa de errores tipográficos, materiales y gramaticales en los informes provisionales".⁷⁶⁵ En el cuadro, la República Dominicana hizo una

⁷⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 301. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷⁵⁷ Observamos que el Grupo Especial encargado del asunto *Canadá - Mantenimiento de la suspensión* explicó que le corresponde a una parte, y no a un grupo especial, decidir si la celebración de una reunión adicional de reexamen intermedio sería útil. (Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.2. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.2).

⁷⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, párrafo 5.2.

⁷⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón*, párrafo 7.3.

⁷⁶⁰ Informes de los Grupos Especiales, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.16-6.17; y *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.17-6.18.

⁷⁶¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafo 6.32 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 6.2).

⁷⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 301.

⁷⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.32.

⁷⁶⁴ Carta de la República Dominicana al Grupo Especial, en la que se envían las observaciones de la República Dominicana sobre el informe provisional del Grupo Especial, 6 de junio de 2017.

⁷⁶⁵ Carta de la República Dominicana al Grupo Especial, en la que se envían las observaciones de la República Dominicana sobre el informe provisional del Grupo Especial, 6 de junio de 2017.

referencia a la "colinealidad", señalando que en el párrafo 52 del apéndice E el Grupo Especial había omitido el artículo "the" antes de la palabra "colinealidad". La República Dominicana no hizo referencia en absoluto a la utilización por el Grupo Especial de la "no estacionariedad".

6.253. El 6 de junio de 2017, Honduras presentó al Grupo Especial sus observaciones sobre el informe provisional. Como en el caso de la República Dominicana, Honduras no solicitó que se celebrara una reunión de reexamen intermedio. En sus observaciones sobre el informe provisional, Honduras no mencionó la utilización por el Grupo Especial de la "multicolinealidad" o la "no estacionariedad".

6.254. Así pues, parece que, como aduce Australia, si bien los reclamantes tuvieron conocimiento de la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad cuando recibieron el informe provisional del Grupo Especial, no pidieron un reexamen de los aspectos pertinentes de dicho informe. A nuestro juicio, si una parte no está de acuerdo con determinados aspectos del informe provisional, pedir al grupo especial que "reexamine aspectos concretos" de su informe provisional sería el modo normal de proceder.⁷⁶⁶ Consideramos desafortunado que las partes no plantearan sus preocupaciones relativas a la multicolinealidad y la no estacionariedad en la etapa intermedia de reexamen.

6.255. Somos conscientes de que el Órgano de Apelación ha indicado anteriormente que, cuando un Miembro desea formular una objeción en un procedimiento de solución de diferencias, "siempre tiene la obligación de hacerlo sin demora".⁷⁶⁷ También recordamos que el Órgano de Apelación, en *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, consideró que la conducta de las partes está entre las consideraciones que son pertinentes con respecto a la alegación formulada por una parte al amparo del artículo 11 del ESD.⁷⁶⁸ Es importante señalar que, en *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación explicó que rechazaba la alegación de Tailandia de infracción del debido proceso, en particular, porque la prueba en cuestión "no planteó ni se refirió a una nueva cuestión, previamente desconocida por Tailandia o que no hubiera estudiado el Grupo Especial, y no fue la única prueba que respaldaba la conclusión del Grupo Especial".⁷⁶⁹ El Órgano de Apelación observó que la prueba documental en cuestión "se refería a una cuestión clave y sumamente controvertida" y que las partes habrían sabido de la importancia de este elemento de prueba cuando se presentó.⁷⁷⁰ En cambio, en el presente asunto, las partes no tuvieron conocimiento de que el Grupo Especial había utilizado la multicolinealidad y la no estacionariedad para rechazar algunas de las pruebas de los reclamantes hasta la etapa intermedia de reexamen.

6.256. Además, destacamos que el hecho de que el Grupo Especial se basara en las preocupaciones concernientes a la multicolinealidad y la no estacionariedad comportó cierta discrecionalidad por su parte en la aplicación e interpretación de los resultados de las pruebas técnicas en relación con la solidez relativa de los distintos modelos econométricos. En nuestra opinión, aunque Honduras y la República Dominicana podrían haber planteado sus preocupaciones relativas a la utilización por el Grupo Especial de esas herramientas econométricas durante la etapa intermedia de reexamen, en las circunstancias de la presente diferencia, el hecho de que no lo hicieran no resta importancia a la infracción del debido proceso por el Grupo Especial en el trato que dio a determinadas pruebas presentadas por los reclamantes. Aunque el reexamen intermedio da a las partes una oportunidad de plantear y tratar numerosos aspectos de las constataciones de un grupo especial, a nuestro juicio

⁷⁶⁶ Destacamos que el artículo 15 de ESD hace referencia a "aspectos concretos del informe provisional", lo que indica que esos aspectos deben ser suficientemente específicos. Grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación entendieron que, en la etapa intermedia de reexamen, las partes no pueden introducir nuevas pruebas, pedir un reexamen de la totalidad del informe o entablar un debate sobre el fundamento de la interpretación hecha por un grupo especial de las disposiciones jurídicas pertinentes. (Véanse el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 301; y los informes de los Grupos Especiales, *Australia - Salmón*, párrafo 7.3; e *Indonesia - Productos de hierro o acero*, anexo A-3, párrafos 2.3-2.4).

⁷⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 50.

⁷⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 155. En aquella diferencia, Tailandia adujo que el Grupo Especial había vulnerado sus derechos de debido proceso y actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al aceptar y utilizar una prueba documental sin dar a Tailandia el derecho a formular observaciones sobre ese elemento de prueba. El Órgano de Apelación rechazó la alegación de Tailandia porque, entre otras cosas, "Tailandia podría haber solicitado una oportunidad para responder cuando Filipinas presentó la Prueba documental en cuestión, pero no lo hizo". (*Ibid.*, párrafo 160 (no se reproduce la nota de pie de página)).

⁷⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 160.

⁷⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 158.

el proceso de reexamen intermedio contemplado en el artículo 15 no habría sido suficiente para permitir a las partes examinar adecuadamente esas cuestiones, habida cuenta del carácter limitado del reexamen y de que se realiza en una etapa avanzada.⁷⁷¹

6.257. Habida cuenta de lo que antecede, consideramos que, al introducir en su informe provisional nuevos criterios econométricos que no había analizado con las partes, en su examen de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la prevalencia de tabaquismo y el consumo, el Grupo Especial negó a las partes sus derechos de debido proceso y por consiguiente actuó de manera incompatible con su deber de llevar a cabo una evaluación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD.⁷⁷² En consecuencia, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en los casos en que utilizó la multicolinealidad y la no estacionariedad en su evaluación de pruebas de las partes posteriores a la implementación sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo.

Consecuencias de los errores del Grupo Especial en los apéndices C y D

6.258. Hemos constatado la existencia de determinados errores en el análisis realizado por el Grupo Especial de la repercusión de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos. Específicamente, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error, con respecto a su evaluación de la multicolinealidad, la no estacionariedad y la repercusión del alto precio del tabaco, al constatar que las pruebas econométricas de Australia eran más creíbles que las pruebas econométricas de los reclamantes. A juicio de los apelantes, esos errores comprenden: i) la conclusión intermedia del Grupo Especial relativa a las pruebas sobre los efectos reales; y ii) la conclusión general del Grupo Especial relativa al grado de la contribución de las medidas TPP. Concretamente, la República Dominicana nos pide que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP han reducido la prevalencia de tabaquismo y el consumo de productos de tabaco.⁷⁷³

6.259. Australia aduce que, incluso suponiendo que el Grupo Especial incurriera en algunos errores, los apelantes deben demostrar que esos errores socavan de manera importante las constataciones del Grupo Especial.⁷⁷⁴ A juicio de Australia, la importancia "depende de si 'otros elementos del análisis del Grupo Especial' respaldan su conclusión".⁷⁷⁵ En opinión de Australia, los apelantes no demostraron que ninguno de los errores del Grupo Especial fuera importante para sus constataciones intermedias.⁷⁷⁶ Australia también sostiene que, en cualquier caso, los apelantes tampoco demostraron que ninguno de los errores, incluso en la medida en que fuera importante para las constataciones intermedias del Grupo Especial, fue también importante para la conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución.⁷⁷⁷ Australia pone de relieve las constataciones del Grupo Especial de que las pruebas posteriores a la implementación eran "compatibles con una constatación de que las medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco" y de que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no fueran adecuadas para hacer una contribución al objetivo.⁷⁷⁸ En opinión de Australia, las pruebas anteriores a la implementación y los aspectos no controvertidos de las constataciones del Grupo Especial sobre las pruebas posteriores a

⁷⁷¹ En la diferencia *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación puso de manifiesto el carácter limitado del reexamen intermedio señalando que dicho reexamen "no puede incluir propiamente una evaluación de nuevas pruebas a las que la otra parte no ha respondido". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 301).

⁷⁷² A la luz de esta constatación, no consideramos necesario abordar el argumento de la República Dominicana de que el Grupo Especial "abonó los argumentos" de Australia. (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 354-361 y 419-424). Dicho esto, queremos hacer hincapié en que no veríamos que se plantearan cuestiones relativas al debido proceso si el Grupo Especial, de hecho, hubiera analizado con las partes las cuestiones de la no estacionariedad y la multicolinealidad antes de dar traslado del informe provisional y de manera suficiente para sustentar los derechos de debido proceso de los reclamantes con respecto a la notificación y a la oportunidad de responder a los argumentos formulados en su contra.

⁷⁷³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 584-586.

⁷⁷⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 884. (no se reproduce el resalte)

⁷⁷⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 884 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 722).

⁷⁷⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 866 y 874.

⁷⁷⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 893.

⁷⁷⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 901-903 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1037).

la implementación bastan para apoyar la constatación general del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas, no obstante cualquier error del Grupo Especial.⁷⁷⁹

6.260. Observamos que los errores en que incurrió el Grupo Especial al evaluar las pruebas guardan relación con dos aspectos muy concretos de su análisis de la repercusión de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos, específicamente: i) el Grupo Especial no examinó los argumentos y las pruebas de la República Dominicana que indicaban que los modelos de consumo de Australia mostraban una repercusión positiva del alto precio del tabaco en el consumo de cigarrillos; y ii) el Grupo Especial comprometió los derechos de debido proceso de las partes al no examinar con ellas las cuestiones de la multicolinealidad y la no estacionariedad antes de dar traslado del informe provisional. A nuestro juicio, es importante examinar las consecuencias de los errores del Grupo Especial para sus constataciones de que había algunas pruebas econométricas que indicaban que las medidas TPP contribuyeron a la reducción de la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos.

6.261. Con respecto a la utilización por el Grupo Especial de la repercusión del alto precio del tabaco para criticar las pruebas de las partes, recordamos nuestra constatación de que el error del Grupo Especial a este respecto se limita a la etapa 3 del análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial (es decir, a la cuestión de si las medidas TPP redujeron el consumo de cigarrillos), y no afecta a las constataciones del Grupo Especial sobre la prevalencia de tabaquismo. Esto se debe, como se explica *supra*, a que los apelantes no han identificado ningún error a este respecto en relación con la valoración que hizo el Grupo Especial de las pruebas de las partes relativas a la prevalencia de tabaquismo.⁷⁸⁰ Dicho esto, señalamos que las constataciones del Grupo Especial relativas a la prevalencia de tabaquismo ponen de manifiesto la importancia que dio el Grupo Especial a la cuestión de si un determinado modelo indicaba una repercusión del alto precio del tabaco. El Grupo Especial afirmó que no estaba "convencido[]" de que [los] resultados econométricos [de las partes relativos a la prevalencia de tabaquismo] puedan tomarse tal cual están, debido principalmente a que la mayor parte de las especificaciones de los modelos no pueden detectar la repercusión del alto precio del tabaco ... sobre la prevalencia de tabaquismo".⁷⁸¹ Por lo tanto, las constataciones del Grupo Especial indican que la repercusión del alto precio del tabaco fue una consideración principal en la evaluación del valor probatorio de las pruebas de las partes.

6.262. De ello se desprende, en virtud del razonamiento del propio Grupo Especial, que si los modelos de consumo de Australia hubieran indicado una repercusión incorrecta del alto precio del tabaco en el consumo (como afirma la República Dominicana), y los modelos de los reclamantes no la hubieran indicado, esta habría sido una razón significativa para que el Grupo Especial hubiera concluido que los modelos de Australia eran menos creíbles que los modelos de los reclamantes. Por consiguiente, consideramos que el hecho de que el Grupo Especial no abordara los argumentos de la República Dominicana a este respecto socava irremediablemente la determinación del Grupo Especial de que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes, en la que basó su conclusión de que "algunos datos econométricos indican que las medidas [TPP] ... contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor y, por lo tanto, el consumo de cigarrillos". Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.⁷⁸² Concluimos por lo tanto que el error en que incurrió el Grupo Especial vicia esta constatación fáctica.

6.263. Por lo que respecta a la multicolinealidad y la no estacionariedad, observamos que el Grupo Especial se basó en preocupaciones relativas a la no estacionariedad y la multicolinealidad en la etapa 3 de sus análisis tanto de la prevalencia de tabaquismo como del consumo de cigarrillos, para concluir que las pruebas de Australia eran más fiables que las de los reclamantes.⁷⁸³ Ya hemos concluido *supra* que la constatación fáctica del Grupo Especial en la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos está viciada por el hecho de que no abordó la afirmación de la República Dominicana de que las pruebas de Australia relativas al consumo indicaban una repercusión incorrecta del alto precio del tabaco. En consecuencia, no consideraremos necesario seguir evaluando las consecuencias de los errores en que incurrió el Grupo Especial con respecto a la no estacionariedad y la multicolinealidad para su análisis del consumo.

⁷⁷⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 905-914.

⁷⁸⁰ Véanse los párrafos 6.134-6.144 *supra*.

⁷⁸¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 103.

⁷⁸² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.c.

⁷⁸³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120; e *ibid.*, apéndice D, párrafo 115.

6.264. En cuanto al análisis de la *prevalencia de tabaquismo* realizado por el Grupo Especial, recordamos que sus razones para preferir las pruebas de Australia fueron que: i) la experta de Australia, la Dra. Chifty, abordó "muchas inquietudes" que había planteado el Grupo Especial al evaluar las pruebas de los reclamantes; y ii) los resultados de la Dra. Chifty eran sólidos en varias especificaciones alternativas.⁷⁸⁴ Observamos que las únicas referencias del Grupo Especial a la multicolinealidad y la no estacionariedad las hizo al concluir que las variables binarias eran preferibles a las variables de precio o de nivel impositivo para tener en cuenta el alto precio del tabaco. Concretamente, el Grupo Especial señaló que "[l]a especificación del modelo de la doctora Chifty incluye ... las variables binarias de los aumentos del impuesto especial y, de esta manera, evita los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad asociadas con la inclusión de la variable de precio (en combinación con una variable de la tendencia cuadrática)".⁷⁸⁵ El Grupo Especial también destacó que, "[a]demás, el uso de las variables binarias del impuesto evita el problema de la no estacionariedad de las variables del precio o del nivel impositivo".⁷⁸⁶

6.265. Recordamos que no hemos constatado error alguno en las referencias que hizo el Grupo Especial a la endogeneidad al concluir que las variables binarias eran preferibles a una variable de precio.⁷⁸⁷ Puesto que el Grupo Especial solo se basó en la multicolinealidad (al menos en su análisis de la prevalencia de tabaquismo) al comparar las variables binarias con las variables de precio, y dado que la preferencia del Grupo Especial por las variables binarias frente a las variables de precio se sustenta únicamente en la endogeneidad, de ello se desprende que el hecho de que la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad esté viciada no tiene efectos en su conclusión de que las pruebas de Australia relativas a la prevalencia de tabaquismo eran más fiables que las pruebas de los reclamantes.

6.266. Observamos que, en cambio, la única razón del Grupo Especial (en su análisis de la prevalencia de tabaquismo) para preferir las variables binarias a las variables de nivel impositivo estaba basada en la no estacionariedad.⁷⁸⁸ En consecuencia, el hecho de que la utilización por el Grupo Especial de la no estacionariedad esté viciada indica efectivamente que un aspecto del razonamiento del Grupo Especial no se sostiene, puesto que no hay base para la preferencia del Grupo Especial por las variables binarias frente a los niveles impositivos. Sin embargo, en nuestra opinión, esto no basta para poner en cuestión la determinación del Grupo Especial de que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes. Destacamos que el Grupo Especial también consideró pertinente que la Dra. Chifty hubiera abordado "el problema del sobreajuste asociado con una tendencia demasiado flexible" y, además, que el Grupo Especial hizo hincapié en que los resultados de la Dra. Chifty eran sólidos con respecto a las especificaciones alternativas, *incluido el uso de una variable del nivel del impuesto especial*.⁷⁸⁹ De ello se sigue, a nuestro juicio, que el hecho de que la utilización por el Grupo Especial de la no estacionariedad y la multicolinealidad esté viciada no tiene repercusión en la conclusión del Grupo Especial de que "hay indicios econométricos de que las medidas TPP ... contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo en [Australia]".⁷⁹⁰

6.267. Hemos concluido más arriba que los errores del Grupo Especial vician su constatación fáctica, en la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos del apéndice D, de que "algunos datos econométricos indican que las medidas [TPP] ... contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor y, por lo tanto, el consumo de cigarrillos".⁷⁹¹ En la sección 6.1.2.3.4 *infra* evaluamos la cuestión de si esto afecta a la conclusión general del Grupo Especial sobre el grado de la contribución de las medidas TPP y a la conclusión general del Grupo Especial en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.1.2.3.3.2 Grupos de alegaciones basados en temas transversales

6.268. Como se ha mencionado en el párrafo 6.51 *supra*, tras un examen de las comunicaciones de los participantes, no consideramos necesario abordar por separado cada alegación independiente planteada por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Más bien, abordaremos,

⁷⁸⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121.

⁷⁸⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁷⁸⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁷⁸⁷ Véanse los párrafos 6.156-6.167 *supra*.

⁷⁸⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁷⁸⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-121.

⁷⁹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 122. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷⁹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.c.

conjuntamente, grupos de alegaciones sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones. Al abordar estas alegaciones, reconocemos que puede haber un cierto grado de superposición en algunos de estos temas. De manera similar, algunos de estos temas también se han puesto de relieve en las secciones 6.1.2.3.2 y 6.1.2.3.3.1 *supra*.

Representación de las constataciones del Grupo Especial

6.269. Observamos que algunas de las alegaciones de los apelantes se basan en una aparente interpretación errónea de las constataciones del Grupo Especial.⁷⁹² Por ejemplo, Honduras alega que el Grupo Especial tergiversó significativamente y distorsionó las pruebas de Honduras al dar a entender que "los datos econométricos presentados por ... Honduras ... indica[n] que las medidas TPP incrementaron el ocultamiento de la cajetilla entre los adultos fumadores de cigarrillos"⁷⁹³, sin incluir una nota de pie de página en que se indicara a qué datos econométricos de Honduras se podía referir esta afirmación.⁷⁹⁴ Al hacer una cita incompleta, Honduras caracteriza erróneamente la declaración del Grupo Especial y da a entender que este atribuyó la "indicación" citada a las pruebas de Honduras.⁷⁹⁵ Sin embargo, señalamos que el Grupo Especial hizo la declaración en cuestión tras haber abordado de manera exhaustiva las pruebas presentadas por las partes. Al principio de la sección en que llevó a cabo el análisis, el Grupo Especial presentó el siguiente resumen de su constatación antes de indicar, en párrafos posteriores⁷⁹⁶, los fundamentos que ofrecían las pruebas de las partes para formularla:

Una evaluación cuidadosa de los artículos de Durkin *et al.* 2015, Yong *et al.* 2015 y Zacher *et al.* 2014 y 2015, junto con los datos econométricos presentados por la República Dominicana, Honduras e Indonesia, indica que las medidas TPP incrementaron el ocultamiento de la cajetilla entre los adultos fumadores de cigarrillos. Sin embargo, son mucho más limitados y contradictorios los datos empíricos de la repercusión de las medidas TPP sobre el acto de apagar el cigarrillo antes de terminarlo porque se piensa en los efectos nocivos del tabaquismo y dejar de fumar entre los adultos fumadores de cigarrillos.⁷⁹⁷

6.270. Como segundo ejemplo, observamos el argumento de la República Dominicana de que "el Grupo Especial aceptó la solidez de los modelos econométricos de Australia sin indicar si había comprobado la multicolinealidad y, en caso afirmativo, de qué manera".⁷⁹⁸ Sin embargo, en el apéndice C de su informe, el Grupo Especial señaló, entre otras cosas, que:

La especificación del modelo de la doctora Chipty incluye también las variables binarias de los aumentos del impuesto especial y, de esta manera, evita los problemas de la multicolinealidad y la endogeneidad asociadas con la inclusión de la variable de precio

⁷⁹² En lo que respecta al análisis de los resultados proximales y distales realizado por el Grupo Especial, comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, párrafos 1082-1084; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 887-888 y 923. En lo que respecta al análisis de la conducta tabáquica realizado por el Grupo Especial, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 877-880, 883-885, 931, 933, 974 y 1083; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 407-408. Señalamos que Australia también cuestiona la representación que hacen los apelantes de las constataciones del Grupo Especial. Por ejemplo, en lo que respecta a las alegaciones de la República Dominicana por las que impugna el análisis que hizo el Grupo Especial de las pruebas relativas a las llamadas a Quitline en el apéndice B de su informe, comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 588-596 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 926-934). En lo que respecta a las alegaciones de Honduras sobre el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas del Profesor Klick, comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 858-859 y anexo 2 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por Honduras, sección VIII.2.2).

⁷⁹³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 322, párrafo 1084 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 72).

⁷⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 322, párrafo 1084 (donde se hace referencia a J. Klick, *The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data* (26 de julio de 2014) (Prueba documental UKR-5), páginas 54-56).

⁷⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 322, párrafo 1084 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 72).

⁷⁹⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 73-77.

⁷⁹⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 72.

⁷⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 408 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120).

(en combinación con una variable de la tendencia cuadrática). Además, el uso de las variables binarias del impuesto evita el problema de la no estacionariedad de las variables del precio o del nivel impositivo.⁷⁹⁹

6.271. Por consiguiente, es incorrecto que la República Dominicana indique que el Grupo Especial simplemente aceptó la solidez de los modelos econométricos de Australia. Tampoco es correcto que la República Dominicana afirme que el Grupo Especial no indicó si había comprobado la multicolinealidad en los modelos de la Dra. Chipty.

6.272. Como tercer ejemplo, observamos que los apelantes formulan varias alegaciones por las que impugnan la evaluación que hizo el Grupo Especial de las pruebas sobre la conducta tabáquica, con el argumento de que el Grupo Especial rechazó erróneamente los modelos econométricos de los reclamantes basándose en criterios de solidez particulares (endogeneidad, multicolinealidad, no estacionariedad o reponderación).⁸⁰⁰ Estas alegaciones hacen caso omiso del hecho de que el Grupo Especial no aceptó ni rechazó los modelos presentados por las partes. Más bien, el Grupo Especial estimó el valor relativo de cada modelo, comparando las deficiencias que presentaban los modelos de la Dra. Chipty con las deficiencias que presentaban los modelos de los reclamantes, y constató que los primeros eran más creíbles que los segundos. El Grupo Especial no aplicó un criterio absoluto de "sólidez".⁸⁰¹

6.273. A la luz de lo que antecede, rechazamos las alegaciones de los apelantes que se basan en una interpretación errónea de las constataciones del Grupo Especial, incluidos los tres ejemplos citados *supra*.⁸⁰²

6.274. Siguiendo con la rúbrica general de las alegaciones en que se hace una representación incorrecta de las constataciones del Grupo Especial, tomamos nota de la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial no fue "imparcial" en su evaluación de los hechos porque, a diferencia de lo que hizo al evaluar las medidas TPP, el Grupo Especial no combinó el efecto de la medida alternativa con el efecto de las grandes ASG no impugnadas cuando examinó las medidas alternativas propuestas por los reclamantes.⁸⁰³ En concreto, ponemos de relieve la afirmación de Honduras de que "evidentemente el Grupo Especial no combinó el efecto de la medida alternativa con el efecto de la ASG grande no impugnada".⁸⁰⁴

6.275. La afirmación de Honduras parece dar a entender que el efecto separado de las ASG ampliadas, que entraron en vigor en Australia al mismo tiempo que las medidas TPP, no solo era perceptible, sino que también se identificó en el expediente del Grupo Especial. Sin embargo, esta afirmación es inexacta. En respuesta a preguntas planteadas en la segunda audiencia, todos los participantes estuvieron de acuerdo en que en el expediente del Grupo Especial no había ninguna prueba que mostrara los efectos separados de las medidas TPP y las ASG ampliadas. De hecho, en el informe del Grupo Especial se señala expresamente que las pruebas posteriores a la implementación presentadas por las partes al Grupo Especial, en especial los datos econométricos empíricos relativos a la prevalencia de tabaquismo (apéndice C)⁸⁰⁵, el consumo (apéndice D)⁸⁰⁶ y el cambio a productos de menor precio (apéndice E)⁸⁰⁷, no distinguían entre la repercusión de las medidas TPP y la de las ASG ampliadas. En consecuencia, teniendo en cuenta que las partes no

⁷⁹⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁸⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 887, 939, 959, 970 y 975-976; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 548-551 y 555-559.

⁸⁰¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 104, 108, 110 y 120-122.

⁸⁰² En lo que respecta al análisis de los resultados proximales y distales efectuado por el Grupo Especial en los apéndices A y B de su informe, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 757, y anexo, párrafos 1082-1084; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 887-888 y 923. En lo que respecta al análisis de la conducta tabáquica efectuado por el Grupo Especial en los apéndices C y D de su informe, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 877-880, 883-885, 931, 933, 974, 1026-1035 y 1083; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 407-408 y 926-934.

⁸⁰³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1021-1025.

⁸⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1022.

⁸⁰⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 1-2.

⁸⁰⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 1-3.

⁸⁰⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafos 1-2.

aportaron estas pruebas, no se podía esperar que el Grupo Especial disociara la repercusión de las medidas TPP de la de las ASG ampliadas.

La asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.276. Recordamos que "la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente".⁸⁰⁸ Es importante señalar que la carga de demostrar que una medida de un Miembro es incompatible con disposiciones específicas de acuerdos abarcados recae sobre el reclamante.⁸⁰⁹ Esto está en consonancia con la explicación del Órgano de Apelación de que, "con arreglo a la distribución habitual de la carga de la prueba, la medida adoptada por un Miembro demandado será tratada como *compatible* con el régimen de la OMC mientras no se presenten pruebas suficientes para demostrar lo contrario".⁸¹⁰

6.277. Volviendo al asunto que tenemos ante nosotros, recordamos que correspondía a los reclamantes la carga de demostrar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁸¹¹ En concreto, en relación con el conjunto principal de argumentos de los reclamantes con respecto a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, Honduras adujo ante el Grupo Especial que las medidas TPP no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia ni son adecuadas para hacerlo.⁸¹² La República Dominicana afirmó que axiomas de las ciencias sociales y médicas ampliamente aceptados confirman que las medidas de empaquetado genérico del tabaco no serán efectivas para lograr los objetivos declarados de Australia.⁸¹³ La República Dominicana también adujo que, en esta etapa, las pruebas relativas al funcionamiento efectivo son mucho más valiosas que las simples expectativas de los efectos de las medidas TPP.⁸¹⁴ Australia argumentó que las medidas TPP mejoran la salud pública al influir en los tres mecanismos identificados en la Ley TPP, esto es, al: i) restar atractivo al empaquetado del tabaco; ii) reducir las percepciones positivas del sabor; y iii) reducir las percepciones positivas de los fumadores.⁸¹⁵ Australia adujo además que, con respecto a la naturaleza del objetivo de las medidas TPP, sus características puestas de manifiesto en su diseño y estructura, y la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles, el Grupo Especial debía determinar el grado de contribución de la medida en términos cualitativos.⁸¹⁶

6.278. El hecho de que correspondiera a los reclamantes la carga de demostrar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC significa, entre otras cosas, que para hacer prosperar su principal afirmación de ausencia de contribución, los reclamantes estaban obligados a presentar suficientes pruebas para convencer al Grupo Especial de que las medidas TPP *no* son adecuadas para hacer y *no* hacen ninguna contribución al objetivo legítimo de Australia. Dado

⁸⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 446; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 138-140; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157; *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)*, párrafo 66; *Japón - Manzanas*, párrafo 159; *CE - Hormonas*, párrafo 98; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129.

⁸⁰⁹ Como afirmó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*:
Recae en la parte reclamante la carga de probar la incompatibilidad con disposiciones específicas de los acuerdos abarcados. ...
Cuando la parte reclamante ha acreditado *prima facie* su alegación, corresponde a la parte demandada refutarla. ...
Una acreditación *prima facie* de las alegaciones tiene que basarse en "pruebas y argumentos jurídicos" aportados por la parte reclamante con respecto a *cada* uno de los elementos de la reclamación. La parte reclamante no puede limitarse a presentar pruebas y esperar que el Grupo Especial extraiga de ellas el fundamento de una incompatibilidad con el régimen de la OMC.
Tampoco puede limitarse a invocar hechos sin relacionarlos con su argumentación jurídica.
(Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 138-140. (con resalte en el original; no se reproducen las notas de pie de página,)).

⁸¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)*, párrafo 66. (con resalte en el original)

⁸¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323. (no se reproduce la nota de pie de página) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208.

⁸¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.426.

⁸¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.437.

⁸¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.438.

⁸¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.451.

⁸¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.455.

que la carga de la prueba recae en el reclamante, cuando un grupo especial constata que las pruebas contradicen la afirmación de un reclamante de que las medidas impugnadas no hacen ninguna contribución (por ejemplo, porque el demandado ha presentado pruebas creíbles que indican que la medida *sí* hace alguna contribución), el grupo especial está obligado a rechazar la afirmación del reclamante de ausencia de contribución. Esta fue la determinación a la que llegó el Grupo Especial en estos procedimientos cuando constató que:

[L]os reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.⁸¹⁷

6.279. No obstante, como señala Australia⁸¹⁸, algunos de los argumentos de los reclamantes por los que se impugnan aspectos separados de las constataciones intermedias del Grupo Especial y su conclusión general parecen basarse en la aceptación por el Órgano de Apelación de una inversión de la carga de la prueba en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁸¹⁹ Tal inversión implicaría que la carga probatoria primaria correspondía a Australia, que debía establecer que las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución al objetivo de Australia, en lugar de que la carga de establecer la ausencia de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia correspondía a los reclamantes.

6.280. Por ejemplo, Honduras sostiene que aunque "se consideren como algo dado", las "limitadas" constataciones del Grupo Especial sobre los resultados proximales y distales, que se abordan en los apéndices A y B del informe del Grupo Especial, son insuficientes para respaldar la conclusión general del Grupo Especial de que las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia.⁸²⁰ Según Honduras, por consiguiente no hay ningún fundamento para que el Grupo Especial haya llegado a la conclusión de que las medidas TPP "son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al 'objetivo último' de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco".⁸²¹ De forma análoga, la República Dominicana señala la explicación del Grupo Especial de que se preveía que las medidas TPP funcionaran a través de una "cadena causal" (resultados proximales → resultados distales → conductas tabáquicas), y que no bastaba con examinar exclusivamente la repercusión de las medidas TPP en los resultados proximales.⁸²² La República Dominicana sostiene que el Grupo Especial no examinó las pruebas posteriores a la implementación sobre la repercusión de las medidas TPP en los resultados proximales y distantes a la luz de la "cadena causal" prevista.⁸²³

6.281. Recordamos que el principal objetivo del análisis del Grupo Especial era establecer "'en qué grado' las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, 'si es que contribuye[n] en grado alguno'".⁸²⁴ A este respecto, el Grupo Especial reconoció que "el logro de este objetivo mediante las medidas TPP se fundamenta en su capacidad de influir en *conductas* tabáquicas, como el inicio, el abandono y la recaída".⁸²⁵ Por este motivo, el Grupo Especial consideró que la repercusión de las medidas en dichas conductas es, "*a priori*, directamente pertinente para evaluar el grado de contribución de las medidas a este objetivo".⁸²⁶ Además, el Grupo Especial dejó claro que no "exclu[ía] que 'pruebas relativas a los resultados 'proximales' que refleja[ba]n los tres mecanismos

⁸¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

⁸¹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 478-492.

⁸¹⁹ Por ejemplo, véase la comunicación del apelante presentada por Honduras, sección VIII.2.1.1.2; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 777, 872-875, 882-885 y 894-895.

⁸²⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 746-747.

⁸²¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 757.

⁸²² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 883 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.488, 7.491, 7.519, 7.580, 7.610, 7.648, 7.684 y 7.1030).

⁸²³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 885.

⁸²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.483.

⁸²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.495. (con resalte en el original)

⁸²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.495.

recogidos en la Ley TPP⁸²⁷, en combinación con otras pruebas pertinentes a él sometidas, pudieran informar la evaluación por el Grupo Especial del grado de contribución de las medidas al objetivo de Australia.⁸²⁸ No obstante, el Grupo Especial también dejó claro que esas pruebas solo eran pertinentes "en la medida en que inform[aran] la repercusión de las medidas en las conductas tabáquicas que son el objetivo último de las medidas".⁸²⁹

6.282. Por consiguiente, si bien el modelo de la "cadena causal" fue un prisma útil a través del cual el Grupo Especial examinó la repercusión de las medidas TPP en tanto en cuanto disponía de pruebas posteriores a la implementación sobre los diversos mecanismos de la cadena, entendemos que el análisis del Grupo Especial se centró en la repercusión de las medidas TPP en las conductas tabáquicas. En consecuencia, la posible falta de pruebas convincentes con respecto a una etapa determinada de la cadena no disminuiría, por sí sola, el valor probatorio de las demás pruebas, incluidas en particular las pruebas sobre la repercusión de las medidas TPP en las conductas tabáquicas. Además, consideramos la evaluación que hizo el Grupo Especial de las pruebas a través del prisma de la cadena causal como una herramienta analítica utilizada por el Grupo Especial. No entendemos que el Grupo Especial haya estimado que la "cadena causal" era un modelo rígido o la única forma en que podría haber evaluado la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. Encontramos apoyo para esta opinión en la explicación del Grupo Especial de que, si bien no exclu[ía] que "pruebas relativas a los resultados 'proximales' que reflejaban los tres mecanismos recogidos en la Ley TPP"⁸³⁰, en combinación con otras pruebas pertinentes sometidas al Grupo Especial, pudieran informar la evaluación por el Grupo Especial del grado de contribución de las medidas al objetivo de Australia⁸³¹, tales pruebas solo eran pertinentes "en la medida en que inform[aran] la repercusión de las medidas en las conductas tabáquicas que son el objetivo último de las medidas".⁸³²

6.283. Como se explicó *supra*, correspondía a los reclamantes, no a Australia o al Grupo Especial, la carga de demostrar que las medidas TPP no son adecuadas para hacer y no hacen una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Esta asignación de la carga de la prueba arroja luz sobre la cuestión de si la conclusión del Grupo Especial de que "los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia"⁸³³ está respaldada por las constataciones intermedias del Grupo Especial. A nuestro juicio, la función del Grupo Especial era evaluar objetivamente si las pruebas que tenía ante sí respaldaban o socavaban la afirmación de ausencia de contribución formulada por los reclamantes. Contrariamente a lo que dan a entender los argumentos de los apelantes, para responder a la pregunta que tenía ante sí, el Grupo Especial no debía demostrar por sí mismo, por medio de sus constataciones intermedias, que las medidas TPP hacían una contribución exacta y cuantificable al objetivo de Australia.

6.284. Por consiguiente, en la medida en que estas alegaciones de los apelantes se basan en una inversión de la asignación de la carga de la prueba, rechazamos esta premisa. En consecuencia, constatamos que estas alegaciones carecen de fundamento y no justifican un examen más a fondo.⁸³⁴

Las facultades discrecionales del Grupo Especial como instancia que decide sobre los hechos

6.285. Australia alega que "esta diferencia es fundamentalmente un ataque a las conclusiones de hecho del Grupo Especial y, en particular, a las constataciones del Grupo Especial sobre las pruebas posteriores a la implementación".⁸³⁵ Australia sostiene que, al no haber convencido al Grupo Especial de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer una contribución al objetivo legítimo de salud pública de Australia, "los apelantes han ejercido su derecho al examen en apelación en virtud del párrafo 6 del artículo 17 del ESD para tratar de desacreditar la *manera* en que el Grupo Especial

⁸²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

⁸²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

⁸²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

⁸³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

⁸³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

⁸³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

⁸³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

⁸³⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, sección VIII.2.1.1.2; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 777, 872-875, 882-885 y 894-895.

⁸³⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 20.

evaluó casi todos los elementos de las pruebas cuestionadas, en especial las pruebas cuantitativas disponibles relativas a la contribución en el limitado período posterior a la implementación de las medidas TPP".⁸³⁶ A juicio de Australia, los ataques de los apelantes a la objetividad del Grupo Especial en la evaluación de estas pruebas carecen por completo de fundamento y, más en general, "suscitan graves preocupaciones sistémicas por la utilización del examen en apelación para volver a litigar sobre las constataciones de hecho de un grupo especial".⁸³⁷ Australia subraya su preocupación con la explicación siguiente:

[L]os apelantes simplemente han vuelto a aplicar las tácticas procesales que utilizaron anteriormente ante el Grupo Especial. Durante las actuaciones del Grupo Especial, los reclamantes inundaron a Australia y al Grupo Especial con más de 3.500 páginas de comunicaciones, 1.000 pruebas documentales y más de 50 informes de expertos elaborados por más de 25 expertos distintos, aparentemente con la intención de desbordar a Australia y al Grupo Especial con el mero volumen de las pruebas y testimonios de expertos. Después de que esta táctica fracasara por completo ante el Grupo Especial, evidentemente los apelantes han decidido de todas formas basarse en esa misma estrategia en sus apelaciones. Su objetivo parece ser convencer al Órgano de Apelación de que la magnitud de las impugnaciones que plantean respecto de la determinación de los hechos por el Grupo Especial debe significar que al menos algunas de sus alegaciones tienen fundamento.⁸³⁸

6.286. Recordamos que, al cumplir su deber de hacer una evaluación objetiva de los hechos, un grupo especial está obligado a "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en esas pruebas".⁸³⁹ Con arreglo a esos parámetros, "por lo general queda a discreción del [g]rup[o] [e]special decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones".⁸⁴⁰ Además, al evaluar el valor probatorio de las pruebas, un grupo especial no está obligado a "atribuir a las pruebas fácticas ... el mismo sentido y peso que [las partes]".⁸⁴¹ Por tanto, una impugnación al amparo del artículo 11 del ESD "no puede formularse ... simplemente afirmando que un grupo especial no estuvo de acuerdo con determinados argumentos o pruebas".⁸⁴² Es fundamental la advertencia del Órgano de Apelación de que: i) no "interferirá a la ligera" con las facultades de los grupos especiales para la determinación de los hechos⁸⁴³; ii) no irá "más allá que el [g]rup[o] [e]special en la evaluación del valor probatorio de ... estudios o de las consecuencias, en su caso, de los presuntos defectos [de las pruebas]"⁸⁴⁴; y iii) no llegará a "una constatación de incompatibilidad en relación con el artículo 11 simplemente [sobre la base de] la conclusión de que podría haber llegado a una constatación fáctica diferente de aquélla a la que llegó el Grupo Especial".⁸⁴⁵ Además, el Órgano de Apelación ha considerado inaceptable que un apelante se limite a replantear argumentos fácticos que presentó ante el grupo especial con el pretexto de formular

⁸³⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 20. (sin resalte en el original)

⁸³⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 20.

⁸³⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 425.

⁸³⁹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; y donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258).

⁸⁴⁰ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; y *CE - Hormonas*, párrafo 135.

⁸⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*, párrafo 5.61.

⁸⁴² Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 238).

⁸⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 881.

⁸⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 222 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 177; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 161).

⁸⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 881 (no se reproduce la nota de pie de página).

una alegación al amparo del artículo 11.⁸⁴⁶ En lugar de eso, un apelante debe identificar errores específicos relacionados con la objetividad de la evaluación del grupo especial⁸⁴⁷, e "incumbe a cada participante formular una alegación al amparo del artículo 11 en apelación para explicar *por qué* el supuesto error *cumple* la norma de examen prevista en ese artículo".⁸⁴⁸

6.287. Pasando al asunto que nos ocupa, observamos que en varias ocasiones los argumentos de los apelantes no parecen centrarse en la objetividad de la evaluación de los hechos que hizo el Grupo Especial. En lugar de ello, sus argumentos parecen impugnar la exactitud o el fundamento de las constataciones de hecho que formuló el Grupo Especial después de sopesar las pruebas presentadas por las partes.⁸⁴⁹

6.288. Por ejemplo, los apelantes alegan que el Grupo Especial simplemente aceptó "el argumento de Australia de que el conjunto de datos no era adecuado para proporcionar información sobre los resultados distales"⁸⁵⁰, y que el Grupo Especial "no examinó las pruebas de la República Dominicana que mostraban que los conjuntos de datos no son menos adecuados para medir la repercusión en los resultados distales".⁸⁵¹ Contrariamente a lo que afirman los apelantes, observamos que en la evaluación de las pruebas posteriores a la implementación sobre los resultados relacionados con el abandono del hábito de fumar y otros resultados distales que hace en el apéndice B de su informe, el Grupo Especial examinó reiteradamente las opiniones de cada una de las partes sobre las limitaciones del conjunto de datos de la NTPPTS o la ausencia de ellas. Por ejemplo, en su evaluación de las pruebas sobre los conocimientos relativos al abandono del hábito de fumar, el Grupo Especial tomó en cuenta las preocupaciones planteadas por el experto de Australia, el Profesor Chaloupka, acerca de "las características particulares de los datos de la NTPPTS", así como la réplica dada al Profesor Chaloupka por los expertos de los reclamantes (República Dominicana e Indonesia), Ajzen *et al.*⁸⁵² El Grupo Especial también tomó nota del argumento de Ajzen *et al.* de que carecía de fundamento la afirmación del profesor Chaloupka de que los datos de la NTPPTS subestimaban los cambios de algunas medidas de intención porque no se había entrevistado a las personas que habían dejado de fumar recientemente. Según Ajzen *et al.*, las medidas TPP no aumentaron los comportamientos de abandono del hábito a corto plazo.⁸⁵³ En su análisis, el Grupo Especial puso de relieve esta discrepancia sobre los datos de la NTPPTS y expresó la opinión siguiente:

Ajzen *et al.* además dan a conocer una disminución pequeña y estadísticamente significativa en la proporción de fumadores adultos que declaran el interés y la intención de abandonar el hábito. Señalamos que estos autores no explican por qué las medidas TPP habrían *disminuido* el interés de los fumadores por dejar de fumar y su intención de hacerlo. Observamos asimismo que es imaginable que estos resultados sean en parte el resultado de que, como puntualizó Australia, las preguntas sobre la intención de dejar el hábito no se plantearon a los exfumadores recientes, por oposición

⁸⁴⁶ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442; *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498; y *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 238.

⁸⁴⁷ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; y *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498; y *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 238).

⁸⁴⁸ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442). (con resalte en el original)

⁸⁴⁹ En lo que respecta a los resultados proximales y distales, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 781-783; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1015-1016. En lo que respecta a las conductas tabáquicas, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 908-910, 916-920, 931-933 y 1026-1035; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 555-559. En lo que respecta a las conclusiones generales formuladas por el Grupo Especial, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 734, 753 y 759-769; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 908-915. En lo que respecta al análisis de las ASG realizado por el Grupo Especial, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1021. En lo que respecta a la evaluación de las pruebas referentes específicamente a los cigarrillos (puros) realizada por el Grupo Especial, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 853 y 856-858; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 213, 797 y 1073-1074.

⁸⁵⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 783.

⁸⁵¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1016. (con resalte en el original)

⁸⁵² Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 15-18.

⁸⁵³ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 18.

a la afirmación de Ajzen et al. de que la pregunta fue formulada a fumadores y exfumadores recientes, aunque en ausencia de datos concretos acerca del número de exfumadores recientes, no está claro en qué medida esta circunstancia pueda explicar los resultados.⁸⁵⁴

6.289. El Grupo Especial también tomó en cuenta las preocupaciones expresadas por las partes acerca de la utilización de los datos de la NTPPTS en el contexto de la evaluación por el Grupo Especial de las pruebas relativas al ocultamiento de la cajetilla y los microindicadores de preocupación.⁸⁵⁵ De manera análoga, el Grupo Especial tomó en cuenta las preocupaciones expresadas por las partes acerca de la utilización de los datos de la NTPPTS en el contexto de la evaluación por el Grupo Especial de las pruebas relativas a los intentos de abandono.⁸⁵⁶

6.290. Estos párrafos del apéndice B del informe del Grupo Especial socavan la afirmación de los apelantes de que el Grupo Especial no examinó las pruebas presentadas por los reclamantes en relación con la fiabilidad de los datos de la NTPPTS en el contexto de los resultados relacionados con el abandono del tabaco y otros resultados distales. Por el contrario, parece que al Grupo Especial no le convencían las opiniones de los reclamantes a este respecto.

6.291. Como ha constatado el Órgano de Apelación, una impugnación al amparo del artículo 11 del ESD "no puede formularse ... simplemente afirmando que un grupo especial no estuvo de acuerdo con determinados argumentos o pruebas".⁸⁵⁷ Por consiguiente, el mero hecho de que el Grupo Especial no haya estado de acuerdo con los argumentos planteados por el reclamante acerca de la fiabilidad de los datos de la NTPPTS en lo que respecta a los resultados relacionados con el abandono del tabaco y otros resultados "distales" no es, por sí mismo, suficiente para sostener una alegación de que el Grupo Especial no "evaluó objetivamente los hechos" de conformidad con el artículo 11 del ESD.

6.292. De manera análoga, Honduras impugna una serie de aspectos del trato que dio el Grupo Especial a los informes de expertos de los reclamantes en el apéndice C. Honduras señala que el Grupo Especial "ignoró deliberadamente" las pruebas aportadas por los reclamantes y cuestiona los motivos por los que el Grupo Especial procedió de esta manera.⁸⁵⁸ Sin embargo, no entendemos que el Grupo Especial haya "ignoró deliberadamente" o "desestimó" los modelos de los reclamantes. Antes bien, entendemos que el Grupo Especial evaluó la credibilidad de las pruebas contradictorias y seleccionó un conjunto de pruebas (concretamente, las pruebas aportadas por Australia) sobre la base de que eran más creíbles que las de los reclamantes.

6.293. Por estos motivos, rechazamos los intentos de los apelantes de volver a presentar sus argumentos de hecho con el pretexto de impugnar la objetividad de la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial. Como se señaló en el párrafo 6.50 *supra*, si el Órgano de Apelación tomara en consideración tales argumentos de hecho, se socavaría la función del Grupo Especial como encargado de juzgar los hechos y órgano resolutorio de primera instancia en el sistema de solución de diferencias de la OMC.⁸⁵⁹

Alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial desestimó, tergiversó significativamente o distorsionó las pruebas de Honduras

6.294. Honduras sostiene que "en varias ocasiones" el Grupo Especial desestimó, tergiversó significativamente y distorsionó las pruebas presentadas por Honduras en la forma de informes de expertos del Profesor Klick sobre diversos aspectos del grado de contribución de la medida TPP al objetivo de Australia.⁸⁶⁰ Australia no aborda cada "ocasión" identificada por Honduras. En cambio,

⁸⁵⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 39. (con resalte en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

⁸⁵⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 50-51 y 73.

⁸⁵⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 84-85 y 101.

⁸⁵⁷ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios* (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina), párrafo 238).

⁸⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 931-933 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 102 y 105).

⁸⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 881.

⁸⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 315, párrafo 1082.

Australia sostiene que, en primer lugar, como cuestión fáctica, el Grupo Especial *sí* examinó de hecho los argumentos presentados por el Profesor Klick que Honduras alega que "desestimó".⁸⁶¹ En segundo lugar, Australia reitera que los tipos de motivos de queja que alega Honduras con respecto al trato que dio el Grupo Especial a las pruebas del Profesor Klick no constituyen errores en el marco del artículo 11 del ESD.⁸⁶² A juicio de Australia, el trato que dio el Grupo Especial a las pruebas del Profesor Klick se enmarca perfectamente dentro de los límites de las facultades discrecionales que cabalmente le corresponden. Australia considera que las alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial "tergiversó significativamente" y "distorsionó" las pruebas del Profesor Klick, y no "evaluó objetivamente" las críticas que formuló el Profesor Klick acerca de las pruebas de Australia⁸⁶³, no hacen más que impugnar el *peso* que el Grupo Especial dio a estas pruebas.⁸⁶⁴ De manera análoga, Australia sostiene que las numerosas alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial "desestimó" las réplicas del Profesor Klick no hacen más que impugnar las pruebas concretas que el Grupo Especial decidió utilizar y citar en su informe definitivo.⁸⁶⁵ A juicio de Australia, dado que estas alegaciones no cumplen los requisitos de una alegación al amparo del artículo 11, han de rechazarse.⁸⁶⁶

6.295. A nuestro juicio, un número significativo de las alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial desestimó, tergiversó significativamente o distorsionó las pruebas de Honduras⁸⁶⁷ constituyen un nuevo intento de Honduras de volver a plantear, ante nosotros, los argumentos de hecho que planteó ante el Grupo Especial, con el pretexto de formular una alegación al amparo del artículo 11 del ESD. Como se ha examinado *supra*, al hacer una evaluación objetiva de los hechos, un grupo especial está obligado a "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en esas pruebas".⁸⁶⁸ A este respecto, los grupos especiales "están obligados a examinar y tomar en consideración, no solo las pruebas presentadas por una u otra de las partes, sino todas las pruebas a su alcance, y a evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba".⁸⁶⁹ Con arreglo a esos parámetros, "por lo general queda a discreción del [g]rupo [e]special decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones".⁸⁷⁰ Además, una alegación de que un grupo especial no ha hecho la "evaluación objetiva del asunto que se le ha[] sometido" que requiere el artículo 11 del ESD es "una alegación muy grave".⁸⁷¹ En este sentido, el Órgano de Apelación ha considerado que alegaciones de "'desestima[ci]ón', 'distorsi[ón]' y 'tergiversa[ci]ón' [de] las pruebas" por el grupo especial "supone[n] no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo [especial]".⁸⁷² Teniendo presentes estas consideraciones, ponemos de relieve dos ejemplos de alegaciones de que el Grupo Especial desestimó, distorsionó o tergiversó pruebas.

⁸⁶¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, anexo 2, párrafo 941.

⁸⁶² Comunicación del apelado presentada por Australia, anexo 2, párrafo 943.

⁸⁶³ Comunicación del apelado presentada por Australia, anexo 2, párrafo 944 y nota 1214 a dicho párrafo (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, páginas 318-319, 321, 324-325, 328 y 340).

⁸⁶⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, anexo 2, párrafo 944 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, páginas 319-320 y 324).

⁸⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, anexo 2, párrafo 944 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 318, 337 y 330).

⁸⁶⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, anexo 2, párrafo 944.

⁸⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 879-890; e *ibid.*, anexo, párrafos 1082-1084.

⁸⁶⁸ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; y donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinias*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258).

⁸⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.

⁸⁷⁰ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135).

⁸⁷¹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafo 133).

⁸⁷² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133. (no se reproduce la nota de pie de página)

6.296. En primer lugar, tomamos nota de la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial no reflejó ni abordó pruebas de expertos pertinentes preparadas por el Profesor Klick en que se refutaban los argumentos formulados por el experto de Australia, el Profesor Chaloupka, en relación con los datos de la NTPPTS.⁸⁷³ A juicio de Honduras, el Profesor Klick abordó y refutó las alegaciones formuladas por el Profesor Chaloupka de que su análisis y utilización de los datos de la NTPPTS estaban viciados, al demostrar que los datos obtenidos en el estudio NTPPTS en relación con las percepciones e intenciones de los consumidores no denotaban una mejora sistemática tras la introducción de las medidas TPP.⁸⁷⁴ Honduras sostiene que "en ninguna parte del informe del Grupo Especial se indica que este evaluara objetivamente esa importante prueba".⁸⁷⁵

6.297. Ante el Grupo Especial, Honduras se basó en el tercer informe de réplica suplementario del Profesor Klick para respaldar sus argumentos relativos a las pruebas posteriores a la implementación sobre las conductas tabáquicas, no los resultados proximales. Este es el motivo por el que el Grupo Especial se refirió ampliamente a esta prueba documental en su evaluación de las pruebas posteriores a la implementación sobre las conductas tabáquicas⁸⁷⁶, y no en relación con los resultados proximales. Recordamos que el mero hecho de que un grupo especial no se haya referido expresamente a todos y cada uno de los elementos de prueba en su razonamiento es insuficiente para demostrar una alegación en el marco del artículo 11 del ESD. Más bien, un apelante "debe explicar por qué esa prueba es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no la trate expresamente influye en la objetividad de su evaluación de los hechos".⁸⁷⁷ Señalamos a este respecto que, por lo que se refiere a los resultados proximales, el Grupo Especial sí que de hecho tomó en cuenta las opiniones divergentes expresadas por el Profesor Klick y el Profesor Chaloupka en relación con los datos de la NTPPTS.⁸⁷⁸ Tras examinar las pruebas disponibles, el Grupo Especial "est[uvo] de acuerdo con el profesor Chaloupka en que la repercusión de las medidas TPP probablemente sea más pequeña con respecto a los desenlaces menos proximales cuando se examina una muestra completa de una encuesta integrada por fumadores y exfumadores recientes".⁸⁷⁹ Como ha señalado el Órgano de Apelación, una impugnación al amparo del artículo 11 del ESD "no puede formularse ... simplemente afirmando que un grupo especial no estuvo de acuerdo con determinados argumentos o pruebas".⁸⁸⁰

6.298. En segundo lugar, ponemos de relieve la impugnación que plantea Honduras respecto de la conclusión formulada por el Grupo Especial, en el apéndice C de su informe, de que "algunos datos econométricos indican que las medidas [TPP] contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo".⁸⁸¹ Honduras sostiene que la conclusión del Grupo Especial estaba "basada exclusivamente en un conjunto de datos y en la reevaluación que efectuó un experto del análisis presentado por los reclamantes sobre ese conjunto de datos".⁸⁸² Honduras explica que, si bien el Grupo Especial consideró que el conjunto de datos de la RMSS era el "más adecuado", eso no explica por qué las conclusiones del Grupo Especial se basaron *exclusivamente* en ese conjunto de datos y en ellas no se tomaron en cuenta los otros conjuntos de datos (como los datos oficiales sobre prevalencia de Nueva Gales del Sur, el estado más poblado de Australia).⁸⁸³ Australia aduce que el Grupo Especial "proporcionó una explicación detallada de la constatación que formuló basándose en

⁸⁷³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, páginas 316-317, párrafo 1083 y nota 676 a dicho párrafo (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 34-41).

⁸⁷⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 316, párrafo 1083 (donde se hace referencia al tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166), sección III).

⁸⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 317, párrafo 1083.

⁸⁷⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 69-70, 101 y 112; e *ibid.*, apéndice D, párrafos 20, 56-59 y 71.

⁸⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.147 (no se reproduce la nota de pie de página). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Australia - Manzanas*, párrafos 275-276; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 322; y *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 135.

⁸⁷⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 39-41.

⁸⁷⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 68 (donde se hace referencia a F. Chaloupka, *Rebuttal Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure* (26 de octubre de 2015) (Prueba documental AUS-582), párrafo 9).

⁸⁸⁰ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 238).

⁸⁸¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 123.c.

⁸⁸² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 885.

⁸⁸³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 879.

la RMSS pero de todas formas examinó otros modelos que *no* se basaban en los datos de la RMSS".⁸⁸⁴ Australia también considera de manera más general que el Grupo Especial examinó todas las pruebas y consideró que las pruebas de los reclamantes no eran convincentes.⁸⁸⁵

6.299. Observamos que el Grupo Especial examinó los resultados de los modelos del Profesor Klick basándose en todos los conjuntos de datos pertinentes que se le habían presentado.⁸⁸⁶ El Grupo Especial no pasó prescindió de ningún modelo que no se basara en los datos de la RMSS. Al mismo tiempo, una de las críticas que formuló el Grupo Especial (entre varias otras) respecto de los modelos del Profesor Klick basados en datos que no eran de la RMSS fue que se basaban en datos que no eran de la RMSS. Esta fue una de las cosas que llevó al Grupo Especial a cuestionar la credibilidad de esos modelos. Recordamos que la finalidad del análisis del Grupo Especial era evaluar la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia

6.300. Señalamos además que algunas de las pruebas presentadas al Grupo Especial indicaban que las medidas TPP sí contribuían a reducir la prevalencia de tabaquismo, mientras que otras pruebas presentadas al Grupo Especial indicaban que las medidas no hacían ninguna contribución. Honduras parece ser de la opinión de que, a pesar de que el Grupo Especial consideró que un conjunto de pruebas era más creíble que el otro, a menos que hubiera una razón para desestimar por completo las otras pruebas, las pruebas menos creíbles también se tendrían que haber tomado en cuenta.⁸⁸⁷

6.301. No estamos de acuerdo. Dado que los dos conjuntos de pruebas se contradecían directamente (uno indicaba que las medidas TPP daban lugar a una reducción de la prevalencia de tabaquismo y el otro no mostraba ninguna contribución), parecería internamente incoherente y contradictorio que el Grupo Especial hubiese basado sus conclusiones en los dos conjuntos de pruebas contradictorias, a pesar de haber determinado que un conjunto de pruebas era más creíble que el otro. Además, el hecho de que un grupo especial considere que un conjunto de pruebas es más creíble que un conjunto de pruebas contradictorio no significa que no haya tenido en cuenta las pruebas menos creíbles. Por el contrario, al dar preferencia a un conjunto de pruebas frente a otro, el Grupo Especial simplemente ejerció las facultades discrecionales que le correspondían como juzgador de los hechos de "decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones".⁸⁸⁸ De hecho, en la medida en que los argumentos de Honduras dan a entender que el Grupo Especial incurrió en error al atribuir poca o ninguna importancia a un conjunto de pruebas presentado por las partes, nos parece que este argumento constituye un intento encubierto de impugnar la evaluación por el Grupo Especial de valor probatorio a las pruebas que tenía ante sí.

6.302. Como ponen de manifiesto los dos ejemplos expuestos *supra*, un número significativo de las alegaciones formuladas por Honduras de que el Grupo Especial desestimó, tergiversó significativamente o distorsionó las pruebas de Honduras⁸⁸⁹ constituye un nuevo intento de Honduras de volver a plantear sus argumentos de hecho, que fueron rechazados por el Grupo Especial, con el pretexto de formular una alegación al amparo del artículo 11.

Relación entre las pruebas y los argumentos presentados por Honduras al Grupo Especial

6.303. Honduras formula varias alegaciones de que el Grupo Especial no tomó en cuenta determinadas pruebas presentadas para respaldar sus argumentos durante las actuaciones del Grupo Especial. Sin embargo, observamos que, en el caso de varias de estas alegaciones, las pruebas a que Honduras hace referencia no se relacionaron claramente, durante las actuaciones del Grupo Especial, con los argumentos a los que Honduras hace referencia en apelación.⁸⁹⁰

⁸⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, nota 1102 al párrafo 853 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 113-116).

⁸⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 853.

⁸⁸⁶ Véase el informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 112-118.

⁸⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 877-880.

⁸⁸⁸ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135).

⁸⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 879-890; e *ibid.*, anexo, párrafos 1082-1084.

⁸⁹⁰ En lo que respecta a los resultados proximales y distales, comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, párrafo 1083. En lo que respecta a las conductas tabáquicas, comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 949 y 1072. Véase también *ibid.*, anexo, párrafos 1085 y 1086.

6.304. Por ejemplo, con respecto a las constataciones formuladas por el Grupo Especial respecto de los resultados proximales y distales, Honduras alega que el Grupo Especial desestimó constataciones importantes del Profesor Klick relativas a la Encuesta de seguimiento del Instituto contra el Cáncer de Nueva Gales del Sur (CITTS) y, en particular, las declaraciones del Profesor Klick de que las alegaciones en que se basó Australia eran producto de resultados de la CITTS "escogidos a su conveniencia".⁸⁹¹ Honduras considera que estas pruebas eran "importantes" para demostrar la falta de solidez y valor probatorio de Dunlop *et al.* 2014. Honduras aduce que Dunlop *et al.* 2014 constituyó el fundamento de la constatación del Grupo Especial de que "hay ciertos indicios empíricos de que las medidas TPP han disminuido el atractivo de los productos de tabaco entre los adultos que fuman cigarrillos, por lo que toca al desagrado frente a la cajetilla, el desagrado con el producto, la percepción de una menor calidad, satisfacción y valor, el menor prestigio de la marca, y la vinculación e identificación".⁸⁹²

6.305. Observamos la explicación dada por el Grupo Especial de que la CITTS lleva a cabo el seguimiento semanal por teléfono de fumadores y exfumadores recientes (en los 12 meses anteriores); abarca unas 50 entrevistas por semana a lo largo del año. La encuesta sigue de cerca los pensamientos y comportamientos relacionados con el tabaquismo en fumadores adultos y exfumadores recientes de Nueva Gales del Sur.⁸⁹³ El Grupo Especial señaló que en el artículo de Dunlop *et al.* 2014 los datos de la CITTS se utilizan para investigar el efecto de las medidas TPP de Australia sobre dos de los mecanismos específicos: i) la disminución del atractivo promocional del empaquetado y ii) el aumento del efecto de las advertencias sanitarias.⁸⁹⁴ El Grupo Especial señaló que, en términos generales, Dunlop *et al.* 2014 habían concluido que las medidas TPP habían tenido un "efecto inicial estadísticamente significativo de reducción del atractivo promocional del empaquetado entre los fumadores adultos".⁸⁹⁵ Tras examinar las pruebas relativas al atractivo de los productos de tabaco, el Grupo Especial señaló que:

Una revisión cuidadosa de los artículos de Wakefield *et al.* 2015 y de Dunlop *et al.* 2014, junto con las pruebas econométricas presentadas por la República Dominicana, Honduras e Indonesia, nos llevan a concluir que hay ciertos indicios empíricos de que las medidas TPP han disminuido el atractivo de los productos de tabaco entre los adultos que fuman cigarrillos, por lo que toca al desagrado frente a la cajetilla, el desagrado con el producto, la percepción de una menor calidad, satisfacción y valor, el menor prestigio de la marca, y la vinculación e identificación.⁸⁹⁶

6.306. En una nota a la conclusión que figura *supra*, el Grupo Especial señaló que "en su examen del análisis del artículo de Dunlop *et al.* 2014, el profesor Klick no debatió ni repitió el análisis de las preguntas de la CITTS relativas al atractivo".⁸⁹⁷ El Grupo Especial también señaló que el "Profesor Klick tampoco mencionó en sus informes si la encuesta por encargo a Roy Morgan Research también formuló preguntas relativas al atractivo de los productos de tabaco".⁸⁹⁸ Por consiguiente, el examen que hizo el Grupo Especial de las pruebas del Profesor Klick se limitó a observar que estas no guardaban relación con la indagación en cuestión, a saber, el atractivo de los productos de tabaco.

⁸⁹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, párrafo 1083 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 17-19; y a J. Klick, Second Supplemental Rebuttal Report – A Review of Australian Survey Data From New South Wales (28 de octubre de 2015) (segundo informe de réplica suplementario de Klick) (Prueba documental HND-165), párrafos 35-61).

⁸⁹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, párrafo 1083 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 29).

⁸⁹³ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 17.

⁸⁹⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 18 (donde se hace referencia a S. Dunlop, T. Dobbins, J. Young, D. Perez y D. Currow, "Impact of Australia's Introduction of Tobacco Plain Packs on Adult Smokers' Pack-Related Perceptions and Responses: Results from a Continuous Tracking Survey", *BMJ Open*, volumen 4 (2014), doi:10.1136/bmjopen 2014 005836 (Dunlop *et al.* 2014) (Pruebas documentales AUS-207, HND-132, DOM-199).

⁸⁹⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 19 (donde se hace referencia a Departamento de Salud, Post-Implementation Review: Tobacco Plain Packaging 2016, Gobierno de Australia (2016) (EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco) (Prueba documental AUS-624), párrafos 77-80).

⁸⁹⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 29 (donde se hace referencia a Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306); Dunlop *et al.* 2014 (Pruebas documentales AUS-207, HND-132, DOM-199); informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 89-97 y 148-150, y apéndice A, páginas 78-80).

⁸⁹⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice A, nota 36 al párrafo 29.

⁸⁹⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice A, nota 36 al párrafo 29.

6.307. En apelación, Honduras sostiene que las conclusiones formuladas por el Profesor Klick con respecto a que se habían "escogido convenientemente" resultados específicos de la CITTS se aplican a Dunlop *et al.* 2014 en su conjunto y, por lo tanto, el Grupo Especial las debería haber evaluado objetivamente.⁸⁹⁹ Resulta bastante revelador que, en su comunicación del apelante, Honduras no cite ninguno de los argumentos que planteó ante el Grupo Especial. En cambio, para respaldar su alegación, Honduras identifica los 26 últimos párrafos del segundo informe de réplica suplementario del profesor Klick.⁹⁰⁰ Esta prueba documental acompañó la declaración inicial de Honduras en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes. Honduras se basó en esta prueba documental para abordar las pruebas posteriores a la implementación sobre "conductas tabáquicas reales" y "comportamientos de abandono".⁹⁰¹ No parece que Honduras se haya basado en esta prueba documental al formular sus afirmaciones sobre las pruebas posteriores a la implementación relativas al atractivo de los productos de tabaco. En respuesta a las preguntas planteadas en la segunda audiencia, Honduras confirmó que durante las actuaciones del Grupo Especial no vinculó sus argumentos sobre el atractivo de los productos de tabaco con el segundo informe de réplica suplementario del profesor Klick.

6.308. El Órgano de Apelación ha señalado que "[l]a parte reclamante no puede limitarse a presentar pruebas y esperar que el Grupo Especial extraiga de ellas el fundamento de una incompatibilidad con el régimen de la OMC. Tampoco puede limitarse a invocar hechos sin relacionarlos con su argumentación jurídica".⁹⁰² Teniendo en cuenta el enorme volumen de pruebas y comunicaciones presentadas al Grupo Especial durante las actuaciones, no habría sido razonable exigir al Grupo Especial que examinara cada uno de los argumentos de cada uno de los elementos de prueba que se le sometieron, cuando una parte no hubiera afirmado ante el Grupo Especial la pertinencia de un determinado aspecto de las pruebas.

6.309. En cualquier caso, un examen del segundo informe de réplica suplementario del Profesor Klick⁹⁰³ muestra que el Profesor Klick indicó que "examinaría los datos de la CITTS sobre los parámetros no relativos al comportamiento que llevaron a Dunlop *et al.* a [su] conclusión sobre el aumento de la eficacia de las advertencias sanitarias como resultado del empaquetado genérico y la disminución del atractivo promocional de los productos de tabaco que supuestamente llevaron a los consumidores 'más cerca del abandono'".⁹⁰⁴ Sin embargo, en el segundo informe de réplica suplementario del Profesor Klick no figura ningún análisis específico sobre el atractivo de los productos de tabaco. Esta observación se ve respaldada por la afirmación de la propia Honduras de que las conclusiones formuladas por el Profesor Klick con respecto a que se habían "escogido convenientemente" resultados específicos de la CITTS se aplican a Dunlop *et al.* 2014 *en su conjunto* y, por lo tanto, el Grupo Especial las tendría que haber evaluado objetivamente.⁹⁰⁵ Estos argumentos parecen dar a entender que aunque Honduras no estableció una relación específica entre el segundo informe de réplica suplementario del profesor Klick y sus argumentos relativos al atractivo de los productos de tabaco, el Grupo Especial no cumplió la función que le compete en virtud del artículo 11 del ESD al no haber establecido esta relación y no haber abordado las preocupaciones que figuraban en el informe del Profesor Klick.

6.310. Recordamos que "[u]na acreditación *prima facie* de las alegaciones tiene que basarse en 'pruebas y argumentos jurídicos' aportados por la parte reclamante con respecto a *cada* uno de los elementos de la reclamación".⁹⁰⁶ Por consiguiente, correspondía a Honduras relacionar sus argumentos con sus pruebas y no "esperar que el Grupo Especial extra[jera]" de la totalidad de las

⁸⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 316, párrafo 1083.

⁹⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 315, párrafo 1083 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 17-19; Segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165), párrafos 35-61).

⁹⁰¹ Declaración inicial de Honduras en la segunda reunión del Grupo Especial, tal como fue formulada, párrafos 41-42.

⁹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140. (no se reproducen la nota de pie de página)

⁹⁰³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 315, párrafo 1083 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 17-19; y al segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165, párrafos 35-61)).

⁹⁰⁴ Segundo informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-165), párrafo 35.

⁹⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 316, párrafo 1083.

⁹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140. (con resalte en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

pruebas y argumentos que había presentado Honduras, "el fundamento de una incompatibilidad con el régimen de la OMC".⁹⁰⁷

No es necesario que los grupos especiales examinen todos los argumentos planteados por las partes

6.311. Recordamos que "un grupo especial no está obligado a examinar todos y cada uno de los argumentos formulados por las partes en apoyo de sus respectivas alegaciones, siempre que lleve a cabo una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, de conformidad con el artículo 11 del ESD".⁹⁰⁸ Por consiguiente, cuando un apelante impugna la omisión del examen de un determinado argumento por un grupo especial, debe explicar por qué ese argumento o prueba "es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no [lo] trate expresamente influye en la objetividad de su evaluación de los hechos".⁹⁰⁹

6.312. A este respecto, observamos que Honduras formula varias alegaciones en las que aduce que el Grupo Especial desestimó determinadas réplicas del Profesor Klick a las pruebas de la Dra. Chipty.⁹¹⁰ Por ejemplo, Honduras alega que el Grupo Especial desestimó las réplicas del Profesor Klick al argumento de la Dra. Chipty de que los datos de la RMSS demostraban que los australianos citaban las preocupaciones relacionadas con la salud como la principal razón para dejar de fumar, mientras que los neozelandeses citaban los costos como la principal razón para hacerlo.⁹¹¹ Observamos que, aunque la Dra. Chipty formuló ese argumento, no parece que el Grupo Especial se apoyara en él en ningún punto de su análisis. Honduras no ha identificado ningún caso en que lo hiciera, aunque sí señala el hecho de que, como mínimo, el Grupo Especial hizo constar los argumentos de la Dra. Chipty al resumir las opiniones de los expertos, mientras que no hizo constar la réplica del Profesor Klick.⁹¹² Dado que el Grupo Especial no se apoyó de hecho en el argumento de la Dra. Chipty en su propio análisis de las pruebas del Profesor Klick, no estamos convencidos de que el hecho de que el Grupo Especial no hiciera constar explícitamente la réplica del Profesor Klick socave la objetividad de la evaluación realizada por el Grupo Especial.

6.313. Como segundo ejemplo, tomamos nota de la alegación de Honduras de que el Grupo Especial desestimó la réplica del Profesor Klick a las críticas que hizo la Dra. Chipty de su análisis de la prevalencia del tabaquismo, utilizando datos de la Encuesta de salud de la población de Nueva Gales del Sur (NSWPHS).⁹¹³ Según Honduras, el Profesor Klick respondió "exhaustivamente" a las críticas de la Dra. Chipty al señalar lo siguiente: "i) [que] el conjunto de datos de la RMSS es más adecuado que los datos de Nueva Gales del Sur; ii) que el marco temporal de los datos de Nueva Gales del Sur es inadecuado para estudiar correctamente los efectos del empaquetado genérico y, en relación con ello, que los aumentos de impuestos en Australia hacen que los datos sean inadecuados para un análisis comparativo de las situaciones anterior/posterior a la implementación; y iii) que el cambio en la metodología de la encuesta en lo que concierne a la manera en que se recopilaban los datos de Nueva Gales del Sur limita la posibilidad de utilizar los datos".⁹¹⁴ Recordamos que la única crítica que hizo el Grupo Especial del análisis de los datos de la NSWPHS realizado por el Profesor Klick fue que "la índole de estos (es decir, observaciones anuales) limita el número de observaciones a dos

⁹⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140. (no se reproduce la nota de pie de página).

⁹⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, nota 71 al párrafo 5.18.

⁹⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.147. (no se reproduce la nota de pie de página) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Australia - Manzanas*, párrafos 275-276; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 322; y *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 135.

⁹¹⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, párrafos 1085-1086.

⁹¹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, páginas 328-329, párrafo 1085 (donde se hace referencia a J. Klick, Rebuttal Report – A Reply to Dr Chipty (8 de julio de 2015) (Prueba documental HND-118), párrafos 71-75).

⁹¹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, página 328, párrafo 1085 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 23).

⁹¹³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, páginas 331-332, párrafo 1085 (donde se hace referencia a J. Klick, Supplemental Rebuttal Report – A Review of New and Updated Australian Survey and Market Data (16 de septiembre de 2015) (Prueba documental HND-122 presentada al Grupo Especial), párrafo 42; y al tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166 presentada al Grupo Especial), párrafos 9-28).

⁹¹⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, anexo, páginas 331-332, párrafo 1085 (donde se hace referencia al tercer informe de réplica suplementario de Klick (Prueba documental HND-166 presentada al Grupo Especial), párrafos 9-28).

después del empaquetado genérico (2013 y 2014), lo cual impide distinguir entre las medidas TPP y los aumentos del impuesto especial sobre el tabaco en 2013 y 2014".⁹¹⁵ El Grupo Especial también consideró que dos observaciones solamente constituyen "un lapso extremadamente breve por comparación con los datos de la RMSS, que abarcan hasta 34 observaciones posteriores a las medidas TPP (diciembre de 2012 a septiembre de 2015)".⁹¹⁶ Por lo tanto, entendemos que el Grupo Especial no se ha apoyado en los demás aspectos de la crítica que hizo la Dra. Chipty del análisis de los datos de la NSWPHS realizado por el Profesor Klick (por ejemplo, el cambio en la metodología de la encuesta). Por consiguiente, como en el primer ejemplo citado *supra*, dado que el Grupo Especial no se apoyó en el argumento de la Dra. Chipty en su propio análisis de las pruebas del Profesor Klick, no estamos convencidos de que el hecho de que el Grupo Especial no hiciera constar explícitamente la réplica del Profesor Klick socave la objetividad de la evaluación realizada por el Grupo Especial.

6.314. En resumen, y en consonancia con los ejemplos examinados *supra*, en los casos en que el Grupo Especial no se apoyó en el argumento de la Dra. Chipty en su propio análisis de las pruebas del Profesor Klick, no estamos convencidos de que el hecho de que el Grupo Especial no abordara un contraargumento planteado por el Profesor Klick en respuesta al argumento de la Dra. Chipty constituya una omisión por el Grupo Especial de la realización de una evaluación objetiva de los hechos. En este sentido, constatamos que Honduras no ha demostrado que los argumentos del Profesor Klick que no se reflejaron en el informe del Grupo Especial fueran "tan importante[s] para sus argumentos que el hecho de que el [G]rupo [E]special no l[os] trat[ara] expresamente influy[a] en la objetividad de su evaluación de los hechos".⁹¹⁷

Alegaciones de que las constataciones del Grupo Especial se basan en un "razonamiento incoherente" o carecían de una "explicación razonada y adecuada"

6.315. Con respecto a varias de sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD, los apelantes alegan que el Grupo Especial no presentó "explicaciones razonadas y adecuadas" ni un "razonamiento coherente" en relación con sus constataciones.⁹¹⁸ Por ejemplo, Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al no presentar una explicación razonada y adecuada⁹¹⁹, porque las limitadas constataciones del Grupo Especial sobre la repercusión real de las medidas TPP en los resultados proximales y distales eran incompatibles con la tesis del Grupo Especial de que las medidas TPP están "funcionando del modo previsto".⁹²⁰ De manera similar, la República Dominicana alega que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 porque sus constataciones sobre la repercusión real de las medidas TPP en los resultados proximales y distales eran incoherentes con su constatación de que se prevé que las medidas TPP contribuyan al objetivo de Australia por medio del funcionamiento de la "cadena causal" hipotetizada.⁹²¹

6.316. Australia impugna las alegaciones de los apelantes de que el Grupo Especial no presentó "explicaciones razonadas y adecuadas" de sus constataciones y aduce que, al plantear esas alegaciones, "los apelantes prescinden incluso de simular un legítimo motivo de queja".⁹²² Australia pone de relieve que los apelantes indican que "no solicitan al Órgano de Apelación que llegue a conclusión alguna sobre si el Grupo Especial actuó correctamente" en su análisis fáctico, mientras que, al mismo tiempo, "dedican tanto espacio a la supuesta omisión por un grupo especial de la presentación de explicaciones 'razonadas y adecuadas'".⁹²³ A juicio de Australia, las alegaciones de los apelantes a tal efecto demuestran que su estrategia para esta apelación es simplemente aducir

⁹¹⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 115.

⁹¹⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 100.

⁹¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.147. (no se reproduce la nota de pie de página) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Australia - Manzanas*, párrafos 275-276; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 322; y *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 135.

⁹¹⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 696, 753, 880, 889-890, 916-917, 940-941, 949-951, 958-959, 962-963, 968, 971-972, 976, 979 y 987-989; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 34, 555-559 y 893.

⁹¹⁹ Véase la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 734.

⁹²⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, sección VIII.2.1.1.2. Véase *ibid.*, párrafo 753.

⁹²¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 893 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1030) y 895.

⁹²² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 431.

⁹²³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 431 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 325).

ante el Órgano de Apelación tantas pruebas fácticas de los reclamantes como sea posible, para volver a plantear las cuestiones en que el Grupo Especial no les dio la razón.⁹²⁴

6.317. Recordamos que, al hacer una evaluación objetiva de los hechos, un grupo especial está obligado a "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que [las] constataciones fácticas [del grupo especial] tengan fundamento adecuado en esas pruebas".⁹²⁵ El Órgano de Apelación también ha puesto de relieve que una "parte esencial de la labor de un grupo especial en el marco del artículo 11 es explicar la evaluación objetiva que haga del asunto que le haya sido sometido".⁹²⁶ De ahí que, demostrar que el razonamiento de un grupo especial es internamente incompatible pueda, en algunos casos, ser suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación realizada por el grupo especial en el marco del artículo 11.⁹²⁷

6.318. En los presentes procedimientos, observamos que, con respecto a un gran número de sus alegaciones, cuando Honduras o la República Dominicana hacen referencia a que el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada, sostienen, o bien: i) que el razonamiento del Grupo Especial era internamente incompatible o que carecía de coherencia⁹²⁸; ii) que el Grupo Especial desestimó, distorsionó o tergiversó pruebas⁹²⁹; iii) que las constataciones del Grupo Especial carecían de una base probatoria suficiente en el expediente del Grupo Especial⁹³⁰; o iv) que el Grupo Especial no fue imparcial en el trato que dio a las pruebas de las partes.⁹³¹ Observamos que, cuando se presenta una apelación al amparo del artículo 11 del ESD, el Órgano de Apelación examina las explicaciones de un grupo especial no para verificar la *corrección* de esas explicaciones, sino con el fin de comprobar si el grupo especial fue *objetivo* en su evaluación de los hechos. A tal fin, el Órgano de Apelación puede considerar que la objetividad de un grupo especial está comprometida si el apelante logra demostrar lo siguiente: i) que el razonamiento del grupo especial fue internamente incompatible o carecía de coherencia⁹³²; ii) que el grupo especial desestimó, distorsionó o tergiversó pruebas⁹³³; iii) que las constataciones del grupo especial carecían de base probatoria suficiente en el expediente del grupo especial⁹³⁴; o iv) que el grupo especial no fue imparcial en el trato que dio

⁹²⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 431.

⁹²⁵ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258).

⁹²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 338 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 7.180). (con resalte en el original)

⁹²⁷ Informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 894; *Rusia - Vehículos comerciales*, párrafos 5.81-5.82; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 295.

⁹²⁸ Véanse, por ejemplo la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 734, 753 y 797; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 177 y 888.

⁹²⁹ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 717 y anexo; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 559 y 574-577.

⁹³⁰ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 13, 696, 721 y 772; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 194-197, 293 y 416-417.

⁹³¹ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 729-730; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 257 y 797.

⁹³² Informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 894; *Rusia - Vehículos comerciales*, párrafos 5.81-5.82; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 295.

⁹³³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133.

⁹³⁴ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258.

a las pruebas de las partes.⁹³⁵ En consecuencia, las referencias de los apelantes a una "explicación razonada y adecuada", en la medida en que guardan relación con el medio de someter a prueba la objetividad del Grupo Especial, podrían considerarse una cuestión puramente semántica, ya que lo sustantivo de esas alegaciones está plenamente comprendido en el alcance del examen en apelación con respecto a alegaciones formuladas al amparo del artículo 11 del ESD.

6.319. Dicho esto, tomamos nota de la afirmación de Honduras de que el Órgano de Apelación ha sostenido que, cuando un grupo especial examina las determinaciones de las autoridades investigadoras nacionales, debe evaluar si las explicaciones dadas por la autoridad son "razonadas y adecuadas", y que el grupo especial también debe evaluar "la coherencia de su razonamiento".⁹³⁶ A juicio de Honduras, el Órgano de Apelación ha aclarado que esencialmente la misma norma que se impone a las autoridades nacionales es aplicable "[e]n asuntos, como el presente, en que un grupo especial actúa como primera instancia que decide sobre los hechos".⁹³⁷ Honduras solicita que el Órgano de Apelación "sea igualmente crítico y penetrante con respecto al supuesto 'examen cuidadoso' del Grupo Especial y censure a este por no haber dado una explicación razonada y adecuada de la manera en que los hechos respaldaban la determinación formulada".⁹³⁸

6.320. A nuestro modo de ver, esta línea de argumentación nos invita a realizar una evaluación fáctica de las pruebas sometidas al Grupo Especial con el fin de determinar si este dio una "explicación razonada y adecuada" de sus constataciones. Tal propuesta no reconoce las diferencias entre: i) la función del Órgano de Apelación y el alcance de su examen en apelación, que se rigen por el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, por un lado⁹³⁹; y ii) la función del grupo especial, como órgano que decide sobre los hechos, al examinar las determinaciones de una autoridad investigadora en el marco del Acuerdo SMC y el Acuerdo Antidumping, por otro.⁹⁴⁰ Dadas estas diferencias, rechazamos la afirmación de Honduras de que el que la norma de examen que se aplica a una evaluación fáctica realizada por un grupo especial, cuando este examina las determinaciones de las autoridades nacionales, se aplica igualmente al alcance del examen en apelación "[e]n asuntos, como el presente, en los que un grupo especial actúa como primera instancia que decide sobre los hechos".⁹⁴¹

Alegaciones por las que se impugna la representación gráfica que hizo el Grupo Especial de las pruebas de las partes

6.321. Estas alegaciones guardan relación con la figura B.1 del apéndice B y la figura D.14 del apéndice D del informe del Grupo Especial.

6.322. Con respecto al apéndice B, la República Dominicana cuestiona las constataciones del Grupo Especial de que "los indicios empíricos del efecto de las medidas TPP sobre las llamadas a Quitline son inequívocos" y que "las medidas TPP y las ASG ampliadas han aumentado de modo estadísticamente significativo las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el

⁹³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 163.

⁹³⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 703 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 97).

⁹³⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 703 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, nota 618 al párrafo 293).

⁹³⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 707 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 160-161).

⁹³⁹ En concreto, el párrafo 6 del artículo 17 del ESD no prevé para el Órgano de Apelación función alguna de determinación de los hechos. Por consiguiente, el alcance del examen en apelación, en lo que concierne a las alegaciones amparo del artículo 11 del ESD, se limita a evaluar la objetividad de una evaluación realizada por un grupo especial, y no se extiende a una usurpación de la función del grupo especial como instancia que decide sobre los hechos.

⁹⁴⁰ Informes del Órgano de Apelación, *Corea - Válvulas neumáticas (Japón)*, párrafo 5.221; *China - Tubos de altas prestaciones (Japón) / China - Tubos de altas prestaciones (UE)*, párrafo 5.255; *Rusia - Vehículos comerciales*, párrafo 5.102; *Estados Unidos - Lavadoras*, párrafo 5.258; *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 299; *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 121; *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 379; y *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 93.

⁹⁴¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 703 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, nota 618 al párrafo 293).

tabaco".⁹⁴² En respaldo de sus alegaciones, la República Dominicana impugna que el Grupo Especial se apoyara en la figura B.1. La República Dominicana asevera que, "aunque el Grupo Especial atribuye la figura B.1 a Ajzen *et al.*, esta no aparece en dicha publicación. Por lo tanto, el propio Grupo Especial debe de haber elaborado la figura B.1 por iniciativa propia, sin contrastarla con las partes en el curso de las actuaciones".⁹⁴³

6.323. A este respecto, destacamos la declaración del Grupo Especial de que "Ajzen *et al.* observan que, como se informó en la figura B.1, hubo un aumento estadísticamente significativo del número de llamadas a Quitline después de la introducción de las medidas TPP, lo cual ocurrió aproximadamente tres semanas antes de que se hiciera obligatoria la venta de cajetillas genéricas con ASG ampliadas".⁹⁴⁴ La aseveración de la República Dominicana es correcta en la medida en que interpreta que esta declaración del Grupo Especial da a entender que la figura B.1 del apéndice B se ha copiado del informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos. Hay claras diferencias visuales entre el gráfico del Grupo Especial y el de Ajzen *et al.* En primer lugar, el período abarcado por Ajzen *et al.* comienza el 6 de marzo de 2005 y concluye el 4 de marzo de 2013, mientras que el gráfico del Grupo Especial se limita al período comprendido entre enero de 2011 y abril de 2013. En segundo lugar, el gráfico del Grupo Especial, como el propio Grupo Especial señala⁹⁴⁵, traslada la posición de la línea TPP (la línea roja de Ajzen *et al.*) a diciembre de 2012, para reflejar con exactitud el momento en que las medidas TPP entraron en vigor con respecto a los productos de tabaco importados. Dicho esto, las visibles diferencias entre los dos gráficos no significan necesariamente que los datos representados en ambos gráficos correspondientes al período comprendido entre enero de 2011 y marzo de 2013 sean diferentes.

6.324. Entendemos que el Grupo Especial ha utilizado el gráfico simplemente como ayuda visual para ilustrar su observación de que, como se había constatado en Ajzen *et al.*, "hubo un aumento estadísticamente significativo del número de llamadas a Quitline después de la introducción de las medidas TPP".⁹⁴⁶ De hecho, aparte de afirmar que el Grupo Especial elaboró el gráfico "por iniciativa propia"⁹⁴⁷, la República Dominicana no parece cuestionar la exactitud de lo que en él se representa. Es más, en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, la República Dominicana aclaró que no cuestiona la exactitud de la información representada en el gráfico y que entiende que esa información ha sido extraída de las pruebas de las partes. De hecho, la República Dominicana parece presuponer la exactitud del gráfico del Grupo Especial contenido en la figura B.1 cuando afirma que, "como han constatado tanto Young *et al.* como Ajzen *et al.*, el pico azul muestra que las llamadas a Quitline alcanzaron su nivel máximo varias semanas *después* de que se permitiera la venta de cajetillas genéricas (octubre de 2012), pero *antes* de que la venta de cajetillas genéricas se hiciera obligatoria (diciembre de 2012)".⁹⁴⁸

6.325. Recordamos que, al hacer una evaluación objetiva de los hechos, el grupo especial está obligado a "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que ... [las] constataciones fácticas [del Grupo Especial] tengan fundamento adecuado en esas pruebas".⁹⁴⁹ Dentro de esos esos parámetros, "por lo general queda

⁹⁴² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 959 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.963.c; *ibid.* apéndice B, párrafo 103).

⁹⁴³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 969. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 93.

⁹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 93, nota a la figura B.1.

⁹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 93. Véase también, *ibid.*, párrafo 103; e informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM-IDN-2), párrafo 250.

⁹⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 969.

⁹⁴⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 969. (con resalte en el original)

⁹⁴⁹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258).

a discreción del Grupo Especial decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones".⁹⁵⁰ En la misma línea, siempre que el razonamiento del grupo especial se base en las pruebas de las partes obrantes en su expediente, consideramos que está comprendido en sus facultades discrecionales decidir cómo representa su análisis y su razonamiento. Por consiguiente, nada prohíbe a los grupos especiales utilizar ayudas visuales para representar su interpretación y análisis de las pruebas presentadas por las partes.

6.326. Con respecto al apéndice D, Honduras cuestiona varios aspectos del análisis que hizo el Grupo Especial de las pruebas de la Dra. Chipty con respecto a la segunda etapa de su análisis del consumo de cigarrillos en el apéndice D del informe del Grupo Especial. Esa etapa guardaba relación con la cuestión de si la disminución de las ventas de cigarrillos se aceleró después de la implementación de las medidas TPP. Entre otros argumentos, Honduras subraya que el Grupo Especial preparó la figura D.14 basándose en material de apoyo facilitado por el IPE y que no se ofrece ninguna explicación sobre cómo se elaboró ni hay modo alguno de comprobar su exactitud.⁹⁵¹ En opinión de Honduras, el hecho de que no se puedan examinar las constataciones del Grupo Especial constituye un "problema fundamental de debido proceso".⁹⁵² Honduras aduce que el Grupo Especial "incumplió la esencia del deber que le impone el artículo 11 del ESD" al no participar "seriamente" con las partes en ninguno de los debates técnicos que tuvieron lugar ante él, "limitándose a lanzar a las partes su análisis definitivo en sus constataciones", privándolas de una oportunidad satisfactoria para formular observaciones durante las actuaciones del Grupo Especial, y al no incluir los detalles técnicos necesarios para examinar la constatación del Grupo Especial.⁹⁵³

6.327. La figura D.14 es una representación gráfica de las tendencias de los volúmenes de ventas de cigarrillos antes y después de la implementación de las medidas TPP. En el informe del Grupo Especial, la fuente indicada de la figura D.14 es el material de respaldo del informe resumido del IPE, que comprendía el contenido entero de la RMSS, los datos de IMS/EOS y los datos de Aztec. A nuestro entender, el Grupo Especial confeccionó la figura D.14 por sí mismo, basándose en los datos presentados por las partes. Por lo tanto, entendemos que el Grupo Especial elaboró esta línea de razonamiento por iniciativa propia, confeccionó el gráfico por sí mismo, sobre la base de los datos, y concluyó que las líneas de las tendencias eran diferentes. Como se ha expuesto *supra*, no vemos nada incorrecto en este enfoque. Siempre que el razonamiento del Grupo Especial se base en las pruebas de las partes obrantes en su expediente, consideramos que está comprendido en sus facultades discrecionales decidir cómo representa su análisis y su razonamiento. Honduras no ha demostrado que la figura D.14 no esté basada en las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial. Honduras tampoco ha demostrado que la figura D.14 tenga alguna finalidad distinta de la de servir de ayuda visual para que el Grupo Especial represente su interpretación y análisis de las pruebas presentadas por las partes.

6.328. En consecuencia, con respecto a la inclusión por el Grupo Especial incluyera de las figuras B.1 y D.14 en su informe, constatamos que Honduras no ha demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva de los hechos.

Presentación de hechos que no constan en el expediente del Grupo Especial

6.329. Está firmemente establecido que el examen por el Órgano de Apelación de cualquier cuestión planteada en apelación debe basarse en las constataciones fácticas del grupo especial o en los hechos no controvertidos de que hay constancia en el expediente de este.⁹⁵⁴ Esta limitación es

⁹⁵⁰ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135).

⁹⁵¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 895.

⁹⁵² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 895.

⁹⁵³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 896.

⁹⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, párrafos 174 y 180.

Como el Órgano de Apelación afirmó en *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*:

[E]l párrafo 6 del artículo 17 es inequívoco en cuanto limita nuestra jurisdicción a las cuestiones de derecho tratadas en los informes de los grupos especiales y las interpretaciones jurídicas formuladas por éstos. No tenemos facultades para examinar hechos nuevos en la apelación.

La circunstancia de que los documentos figuran "en el expediente público" no nos exonera de las limitaciones impuestas por el párrafo 6 del artículo 17. Señalamos que los demás participantes no han tenido oportunidad para formular observaciones sobre esos documentos y que, para hacerlo, pueden sentirse obligados a presentar aún más pruebas. Tampoco nos estaría permitido examinar esas pruebas.

especialmente pertinente en el contexto de nuestra evaluación de la cuestión de si un grupo especial no ha hecho una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD. Recordamos que, al cumplir el deber que le impone el artículo 11 del ESD, un grupo especial debe "examinar todas las pruebas *que se le hayan presentado*, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que ... [las] constataciones fácticas [del Grupo Especial] tengan fundamento adecuado en esas pruebas".⁹⁵⁵ De ahí que una evaluación de la cuestión de si un grupo especial no ha hecho una evaluación objetiva de los hechos esté limitada a los hechos que se presentaron al grupo especial. En consecuencia, todo hecho que no conste en el expediente del grupo especial queda fuera del alcance del examen en apelación.

6.330. A este respecto, observamos que, en relación con la prevalencia del tabaquismo, la comunicación del apelante presentada por Honduras contiene información fáctica correspondiente a los "datos oficiales sobre prevalencia más recientes de Australia", tomados de "los datos gubernamentales australianos más recientes (Encuesta por hogares del Plan Nacional contra la Droga) de 2016".⁹⁵⁶ De manera similar, en relación con el hecho de que el Grupo Especial se apoyara en la multicolinealidad, la República Dominicana indica que, "desde que obtuvo el informe del Grupo Especial, la República Dominicana ha aplicado el estadístico de prueba VIF a los modelos de Australia, utilizando las técnicas descritas en las publicaciones".⁹⁵⁷ Asimismo, en respaldo de la alegación por la que impugna las constataciones del Grupo Especial que figuran en el apéndice B⁹⁵⁸, la República Dominicana hace referencia a información fáctica que figura en la comunicación *amicus curiae* del Profesor Sinclair Davidson, recibida por el Órgano de Apelación el 7 de agosto de 2018. La República Dominicana afirma que, "en su comunicación al Órgano de Apelación, el Profesor Sinclair Davidson ha explicado, según información obtenida de conformidad con la Ley de Libertad de Información de Australia, que, en el contrato por el que se encargó la NTPPTS, el Gobierno australiano exigió que en la NTPPTS se consideraran resultados distales, tales como las 'intenciones de dejar de fumar' y los 'intentos de abandono'".⁹⁵⁹

6.331. Esa información, presentada por los apelantes, no formaba parte del expediente del Grupo Especial. En consecuencia, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, al decidir sobre la presente apelación nos está vedado tener en cuenta cualquier información fáctica presentada por los participantes que no constara en el expediente del Grupo Especial.

6.1.2.3.3 Alegaciones relativas a las aseveraciones del Grupo Especial sobre la repercusión futura de las medidas TPP

6.332. Honduras alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos del asunto al aceptar "la afirmación especulativa de un efecto [de las medidas TPP] en las 'generaciones futuras'", "sin una explicación razonada y adecuada de la manera en que esta conclusión estaba respaldada por los hechos obrantes en el expediente".⁹⁶⁰ Por su parte, la República Dominicana indica que, en el caso de que la Sección no revoque por otros motivos la conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución, la República Dominicana formula la apelación condicional de que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y no hizo una evaluación objetiva del asunto conforme a lo previsto en el artículo 11 del ESD al examinar la posible repercusión futura de las medidas TPP.⁹⁶¹ Específicamente, la República Dominicana sostiene que "el Grupo Especial simplemente aceptó la 'indicación' de Australia de que

(Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 222).

⁹⁵⁵ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185). (sin resalte en el original) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258.

⁹⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 920.

⁹⁵⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 410-412.

⁹⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1015 (donde se cita el informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 39 y 118).

⁹⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1028. (no se reproduce el resalte)

⁹⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 847.

⁹⁶¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1182.

las medidas TPP contribuirían, en el futuro, al objetivo de Australia, sobre la base de que consideraba que esta indicación era 'razonable'.⁹⁶² A juicio de la República Dominicana, "[e]l Grupo Especial no examinó ninguna prueba para establecer que las hipótesis de Australia habían sido debidamente 'verificadas y apoyadas por pruebas suficientes', como exige el Órgano de Apelación".⁹⁶³ La República Dominicana solicita que el Órgano de Apelación declare superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones del Grupo Especial relativas a la repercusión futura de las medidas si considera innecesario abordar este motivo de apelación.⁹⁶⁴ En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, la República Dominicana indicó que no consideraba que las aseveraciones del Grupo Especial sobre la repercusión futura de las medidas TPP fuesen constataciones o conclusiones, sino algo más semejante a meras "observaciones". La República Dominicana también declaró que no consideraba que las observaciones del Grupo Especial fueran parte integrante de la evaluación por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

6.333. Recordamos que, en su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial examinó las pruebas pertinentes relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP y las pruebas relativas a su aplicación desde su entrada en vigor en diciembre de 2012.⁹⁶⁵ Sobre la base de estas pruebas, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".⁹⁶⁶ Tras llegar a esta conclusión, en el penúltimo párrafo de la sección sobre sus conclusiones generales, el Grupo Especial formuló la siguiente observación:

Al formular esta determinación, también somos conscientes de que la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo. Nuestra determinación se basa en las pruebas de que disponemos en el momento de realizar nuestra evaluación y no pretende prejuzgar la evolución futura de la contribución de las medidas TPP a la reducción del consumo de productos de tabaco y a la exposición a estos productos. No obstante, señalamos que consideramos razonable la indicación de Australia de que cabe esperar que las medidas tengan una repercusión en particular en las generaciones futuras de jóvenes cuya exposición a la publicidad y promoción del tabaco habrá sido generalmente limitada, y que también será necesario algún tiempo para que las repercusiones en el abandono del hábito de fumar por parte de los fumadores actuales sean completas.⁹⁶⁷

6.334. A nuestro juicio, dado que las medidas TPP habían estado en vigor durante muy poco tiempo en el momento en que se iniciaron las actuaciones del Grupo Especial, su observación de que "la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo" parece razonable. Además, señalamos que el Grupo Especial no formuló la observación de que la repercusión de las medidas TPP *puede* evolucionar con el tiempo hasta *después* de haber concluido que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".⁹⁶⁸ Además, al formular esta observación, el Grupo Especial afirmó que su conclusión se "basa[ba] en las pruebas de que dispon[ía] en el momento de realizar [su] evaluación y no pretende prejuzgar la evolución futura de la contribución de las medidas TPP a la reducción del consumo de productos de tabaco y a la exposición a estos productos".⁹⁶⁹

6.335. Por otra parte, en la medida en que el Grupo Especial formuló observaciones intermedias relativas a los efectos futuros de las medidas TPP, en la sección 7.2.5.3.6 de su informe, leemos estas aseveraciones en el contexto de la ponderación que hizo el Grupo Especial del valor probatorio de las pruebas posteriores a la implementación, en comparación con las pruebas anteriores a la implementación. Señalamos que, después de considerar convincente la indicación de Australia de

⁹⁶² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1220 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.940 y 7.1044).

⁹⁶³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1220 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.982, donde a su vez se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151).

⁹⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1183.

⁹⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1024.

⁹⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043.

⁹⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

⁹⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043.

⁹⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

que, en el primer período de aplicación, "es posible que los datos y las pruebas relativos a las conductas tabáquicas reales no ofrezcan una imagen completa del grado en que las medidas contribuyen"⁹⁷⁰, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

Asimismo, consideramos que, en este contexto y a la luz de la naturaleza del diseño de las medidas, como se ha expuesto en secciones anteriores, las pruebas empíricas disponibles relativas a la repercusión de las medidas en los resultados "proximales", así como las pruebas relativas a los resultados "distales" que pueden ser precursores de las conductas tabáquicas reales, pueden informar convenientemente nuestra evaluación de la contribución efectiva de las medidas TPP a su objetivo, junto con las pruebas que obran en nuestro poder relativas a las conductas tabáquicas reales desde la entrada en vigor de las medidas.⁹⁷¹

6.336. De manera análoga, más adelante en su análisis, el Grupo Especial afirmó que "analiza[ría] las pruebas que ten[ía] ante [sí] en relación con la aplicación de las medidas TPP siendo consciente[] de que el período respecto del cual hay disponibles pruebas de la aplicación de las medidas puede repercutir en la naturaleza y el alcance de las conclusiones que puedan extraerse de estas pruebas".⁹⁷²

6.337. Entendemos que las afirmaciones del Grupo Especial indican que, dado que era demasiado pronto para evaluar de manera concluyente la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, el Grupo Especial se basaría en las pruebas relativas al diseño y la estructura de las medidas TPP para informar su interpretación de las limitadas pruebas de que disponía acerca de la repercusión real de las medidas TPP, después de su entrada en vigor. Así pues, al formular estas afirmaciones, el Grupo Especial abordó y rechazó los argumentos de los reclamantes de que, en la evaluación del Grupo Especial, debía atribuirse más peso a las pruebas relativas a los efectos reales de las medidas TPP que a las pruebas anteriores a la implementación.

6.338. En suma, dado que el período posterior a la entrada en vigor de las medidas TPP era limitado y que la repercusión de las medidas TPP podía evolucionar con el tiempo, el Grupo Especial no consideró que las pruebas relativas a los efectos reales de las medidas TPP fuesen concluyentes. Además, el Grupo Especial no tuvo en cuenta las "pruebas" de la repercusión futura de las medidas TPP. Tampoco sus observaciones generales acerca de la posible evolución con el tiempo fueron decisivas para formular su conclusión general relativa a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. Por estas razones, no estamos convencidos de que las alegaciones de los apelantes que impugnan las aseveraciones del Grupo Especial sobre la posible repercusión futura de las medidas TPP justifiquen un análisis más detallado.

6.1.2.3.3.4 Alegaciones que no es necesario que abordemos a los efectos de resolver las presentes diferencias

6.339. Las siguientes disposiciones de los tratados son pertinentes para nuestro análisis de si, a fin de resolver las presentes diferencias, es necesario que abordemos determinadas alegaciones de error planteadas por los apelantes. El párrafo 12 del artículo 17 del ESD establece que "[e]l Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación".⁹⁷³ El párrafo 4 del artículo 3 del ESD indica que "[l]as recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión" y el párrafo 7 del artículo 7 del ESD establece que "[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias". Estos objetivos generales del mecanismo de solución de diferencias de la OMC nos indican que, pese a que debemos abordar cada una de las cuestiones planteadas en apelación, tenemos la facultad

⁹⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.940.

⁹⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.940.

⁹⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.943.

⁹⁷³ El párrafo 6 del artículo 17 limita una apelación a "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este".

discrecional de no pronunciarnos sobre determinadas alegaciones cuando hacerlo no sea necesario para resolver la diferencia.⁹⁷⁴

Las alegaciones de la República Dominicana sobre la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas relativas a los conjuntos de datos de la NTPPTS y el Proyecto ITC en los resultados proximales y distales

6.340. La República Dominicana señala que las partes presentaron al Grupo Especial pruebas y argumentos basados en los conjuntos de datos de la NTPPTS y el Proyecto ITC, que medían la repercusión de las medidas TPP en una serie de resultados proximales y distales. Las pruebas de Australia se basaban en artículos publicados donde se analizaban estos conjuntos de datos (Wakefield *et al.* 2015, Durkin *et al.* 2015 y Yong *et al.* 2015⁹⁷⁵), mientras que las pruebas de la República Dominicana se basaban en un nuevo análisis de estos conjuntos de datos realizado por Ajzen *et al.*, que se presentó en varios informes periciales.⁹⁷⁶ Según la República Dominicana, "el Grupo Especial criticó el análisis de Ajzen *et al.* de manera irrespetuosa con los derechos de debido proceso de la República Dominicana y carente de imparcialidad".⁹⁷⁷ Pese a estas alegaciones, la República Dominicana declara expresamente que "ha decidido no impugnar el hecho de que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva del análisis de Ajzen *et al.*, porque estos errores no son consiguientes respecto de las constataciones del Grupo Especial sobre los resultados proximales y distales".⁹⁷⁸

6.341. Para revocar una constatación del Grupo Especial sobre la base del artículo 11, tenemos que "asegurarnos de que los errores del Grupo Especial, considerados conjunta o individualmente, menoscaban la objetividad de la evaluación que hizo", de manera que la constatación de hecho del Grupo Especial "ya no ten[ga] un fundamento probatorio y objetivo suficiente".⁹⁷⁹ Dado que, según admite la República Dominicana, cualesquiera posibles errores que haya cometido el Grupo Especial en sus críticas a Ajzen *et al.* "no son consiguientes respecto de las constataciones del Grupo Especial sobre los resultados proximales y distales"⁹⁸⁰, no consideramos necesario abordar las alegaciones de la República Dominicana a este respecto.

ASG

6.342. Honduras sostiene que el Grupo Especial no fue "imparcial" en su evaluación de los hechos del asunto porque, a diferencia de lo que hizo al evaluar las medidas TPP, el Grupo Especial no combinó el efecto de la medida alternativa con el efecto del aumento no impugnado del tamaño obligatorio de las ASG en el empaquetado del tabaco cuando examinó las medidas alternativas propuestas por los reclamantes.⁹⁸¹ Honduras sostiene que "si el Grupo Especial hubiese examinado, de la manera imparcial exigida, las medidas alternativas en combinación con las ASG ampliadas que

⁹⁷⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*) / *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - *México II*), párrafo 6.318; y *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafos 510-511.

⁹⁷⁵ Wakefield *et al.* 2015 (Pruebas documentales AUS-206, DOM-306 presentadas al Grupo Especial); H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings y G. Fong, "Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project", *Tobacco Control* (19 de febrero de 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197 (Yong *et al.* 2015) (Prueba documental DOM-382 presentada al Grupo Especial); y S. Durkin, E. Brennan, M. Coomber, M. Zacher, M. Wakefield y M. Scollo, "Short-Term Changes in Quitting-Related Cognitions and Behaviours After the Implementation of Plain Packaging with Larger Health Warnings: Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control*, volumen 24 (2015), ii26-ii32 (Durkin *et al.* 2015) (Pruebas documentales AUS-215 (revisada), DOM-305 presentadas al Grupo Especial).

⁹⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 948. Véase también *ibid.*, nota 861 al párrafo 949.

⁹⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 949.

⁹⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 949 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 101 y nota 39 a dicho párrafo).

⁹⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1318.

⁹⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 949.

⁹⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 1021-1025.

los reclamantes nunca impugnaron, no habría formulado las constataciones que formuló sobre la 'contribución equivalente' y no debería haber rechazado estas alternativas".⁹⁸²

6.343. Como se ha analizado en el párrafo 6.275 *supra*, en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, todos los participantes coincidieron en que el expediente del Grupo Especial no contenía pruebas que mostraran los efectos distintos de las medidas TPP y las ASG ampliadas.⁹⁸³ En cualquier caso, señalamos que esta afirmación de Honduras, presentada como alegación al amparo del artículo 11 del ESD, impugna la objetividad de la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial en relación con su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. Esta alegación refleja otra de las alegaciones de Honduras, en la que Honduras aduce que "el hecho de que el Grupo Especial no comparase el grado de contribución de la medida alternativa a la luz de las demás medidas de control del tabaco que no fueron impugnadas constituye otro error de derecho" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁹⁸⁴ Esta alegación de Honduras impugna el análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas alternativas propuestas, y se aborda en la sección 6.1.4.3 *infra*. En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, Honduras aclaró que no impugnaba el hecho de que el Grupo Especial no distinguiese los efectos de las medidas TPP de los efectos de las ASG. Más bien, su apelación se refería a la falta de imparcialidad en el contexto del examen que hizo el Grupo Especial de las medidas alternativas, donde, según Honduras, el Grupo Especial ni siquiera consideró la posibilidad de que las ASG puedan tener algún efecto. Habida cuenta de esta aclaración de Honduras, no consideramos necesario ni adecuado, a los efectos de resolver las presentes diferencias, abordar su alegación al amparo del artículo 11 del ESD en el contexto del análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP.

Etapas 2 del análisis de la prevalencia de tabaquismo realizado por el Grupo Especial

6.344. La República Dominicana aduce que "la constatación del Grupo Especial en la etapa 2 [de su análisis de la prevalencia de tabaquismo] de que la tasa de disminución se aceleró en el período posterior a la implementación de las medidas TPP parece basarse en el propio análisis inicial realizado por el Grupo Especial de los datos de la RMSS, que se describe en la figura C.19 de su informe".⁹⁸⁵ Según la República Dominicana, "el Grupo Especial no presentó la figura C.19 ... a las partes durante las actuaciones" ni explicó en su informe "cómo elaboró la figura C.19".⁹⁸⁶ La República Dominicana considera que la conclusión del Grupo Especial en la etapa 2 no se basaba en constataciones razonadas ni adecuadas, carecía de fundamento en las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial, no respetaba los derechos de debido proceso de la República Dominicana y abonaba indebidamente los argumentos de Australia, lo que demuestra que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido.⁹⁸⁷

6.345. La conclusión a que llegó el Grupo Especial en la etapa 2 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo dice que, sobre la base de los datos más recientes de la RMSS, la prevalencia de tabaquismo en Australia "no solo ha seguido disminuyendo después de la introducción de las medidas TPP, sino que ... se ha acelerado y muestra una pendiente más pronunciada entre diciembre de 2012 y septiembre de 2015 ... por comparación con los períodos anteriores a las medidas TPP".⁹⁸⁸ El Grupo Especial no se refirió explícitamente a la figura C.19 cuando formuló esta conclusión.

⁹⁸² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 1024. (no se reproduce el resalte del original)

⁹⁸³ Subrayamos que, como señala Australia, aun cuando se estableciera el efecto aislado de las ASG grandes no impugnadas correspondía a Honduras la carga de establecer, ante el Grupo Especial, que los efectos combinados de las medidas alternativas que había propuesto y las ASG ampliadas harían una contribución al objetivo de Australia equivalente a la contribución resultante de los efectos combinados de las medidas TPP y las ASG ampliadas. Como ha declarado el Órgano de Apelación "la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 446; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 138-140; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157; *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)*, párrafo 66; *Japón - Manzanas*, párrafo 159; *CE - Hormonas*, párrafo 98; y *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129).

⁹⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 645-657.

⁹⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 159.

⁹⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 162 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 51).

⁹⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 194.

⁹⁸⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 56.

Señalamos que al resumir los argumentos de la Dra. Chipty en la subsección sobre los "[c]onjuntos de datos y estudios conexos" pertinente⁹⁸⁹, el Grupo Especial no solo se propuso representar visualmente los datos de la RMSS en la figura C.19, sino que también hizo referencia a dos gráficos que Australia había presentado al Grupo Especial, a saber, la figura 2 del segundo informe de réplica de la Dra. Chipty y una "figura parecida para el período de enero de 2001 a septiembre de 2015" contenido en el Examen posterior a la implementación (EPI) relativo al empaquetado genérico del tabaco.⁹⁹⁰ Además, señalamos que la figura C.19 del informe del Grupo Especial, la figura 2 del segundo informe de réplica de Chipty y la figura 3 del EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco indican un aumento de la pendiente de la tendencia después de la implementación de las medidas TPP. Habida cuenta de que los tres gráficos respaldan la constatación del Grupo Especial de que "la tendencia a la baja [de la prevalencia de tabaquismo] se ha acelerado y muestra una pendiente más pronunciada entre diciembre de 2012 y septiembre de 2015" y no hay motivo para cuestionar dos de estos tres gráficos, no consideramos necesario examinar la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al basarse en la figura C.19.⁹⁹¹

6.1.2.3.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia

6.346. Honduras afirma que, al llegar a su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de la calidad y el valor probatorio de las pruebas anteriores a la implementación a la luz de las pruebas posteriores a la implementación.⁹⁹² Además, Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al no dar una explicación razonada y adecuada de cómo los hechos apoyaban la determinación formulada⁹⁹³ porque las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos reales de las medidas TPP sobre la conducta tabáquica no apoyan su conclusión general de que de hecho las medidas "efectivamente" realizan una contribución significativa al objetivo de Australia.⁹⁹⁴

6.347. La República Dominicana alega que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al presentar un razonamiento internamente incoherente en relación con la cuestión de si los efectos reales de las medidas TPP confirmaban sus constataciones sobre los efectos previstos de las medidas formuladas sobre la base de las pruebas anteriores a la implementación.⁹⁹⁵ La República Dominicana sostiene que el Grupo Especial no abordó estas "discrepancias" entre los efectos previstos y los efectos reales resultantes del funcionamiento de las medidas TPP ni dio una justificación para adoptar un enfoque diferente para evaluar los resultados en los que las pruebas relativas a la repercusión real de las medidas TPP desacreditaban, más que confirmaban, los efectos previstos.⁹⁹⁶ La República Dominicana añade que, si el Órgano de Apelación revocara las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos reales de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo y el consumo, ninguna de las constataciones intermedias restantes formuladas por el Grupo Especial -es decir, ni las constataciones del Grupo Especial sobre la repercusión *prevista* de las medidas TPP ni sus constataciones sobre la repercusión *real* de las medidas en los resultados "proximales" y "distales"- sería suficiente para respaldar su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP.⁹⁹⁷

6.348. Australia considera que, contrariamente a lo que afirman los apelantes, el Grupo Especial evaluó las pruebas anteriores a la implementación frente a las pruebas posteriores a la implementación.⁹⁹⁸ Australia también sostiene que la alegación de Honduras, según la cual las

⁹⁸⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, sección 2.1, párrafos 43-52.

⁹⁹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 51 y nota 48 a dicho párrafo (donde se hace referencia a las observaciones de Australia sobre las respuestas de los reclamantes a la pregunta 146 del Grupo Especial, párrafo 15; al segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591 presentada al Grupo Especial), párrafos 8-12; y al EPI relativo al empaquetado genérico del tabaco (Prueba documental AUS-624 presentada al Grupo Especial), página 35).

⁹⁹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 56.

⁹⁹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 797.

⁹⁹³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 721.

⁹⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 735-737. Véase también *ibid.*, párrafos 724 y 726.

⁹⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 763.

⁹⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 777.

⁹⁹⁷ Véase la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 593.

⁹⁹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 540.

constataciones del Grupo Especial relativas a la prevalencia de tabaquismo y al consumo no apoyan la conclusión general del Grupo Especial, se basa en una "caracterización errónea" de las constataciones y conclusiones realmente formuladas por el Grupo Especial.⁹⁹⁹

6.349. Recordamos que, ante el Grupo Especial, Honduras¹⁰⁰⁰ afirmó principalmente que las medidas TPP no hacen ninguna contribución al objetivo de Australia ni son adecuadas para hacerlo.¹⁰⁰¹ La República Dominicana sostuvo que axiomas de las ciencias sociales y médicas ampliamente aceptados confirman que las medidas TPP no serán efectivas para lograr los objetivos declarados de Australia.¹⁰⁰² El Grupo Especial entendió los argumentos de las partes como sigue:

Básicamente, los reclamantes consideran que las medidas TPP no pueden contribuir a su objetivo mediante los mecanismos indicados en la Ley TPP, y que las pruebas posteriores a la implementación muestran que en realidad no ha habido una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco como consecuencia de las medidas TPP. Australia, en esencia, responde que, contrariamente a lo que afirman los reclamantes, las medidas están diseñadas sobre una base probatoria firme, y que las pruebas posteriores a la implementación disponibles confirman que las medidas están contribuyendo a su objetivo de reducir el consumo de tabaco.¹⁰⁰³

6.350. Por lo tanto, al abordar los argumentos de las partes, el Grupo Especial trató de determinar en qué grado las medidas TPP, "tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno".¹⁰⁰⁴ Al respecto, el Grupo Especial reconoció que el "logro de este objetivo mediante las medidas TPP se fundamenta en su capacidad de influir en *conductas* tabáquicas, como el inicio, el abandono y la recaída".¹⁰⁰⁵ Por esta razón, el Grupo Especial consideró que la repercusión de las medidas en dichas conductas es, "a priori, directamente pertinente para evaluar el grado de contribución de las medidas a este objetivo".¹⁰⁰⁶ Además, El Grupo Especial dejó claro que no "exclu[ía]" que las "pruebas relativas a los resultados 'proximales' que reflejan los tres mecanismos recogidos en la Ley TPP"¹⁰⁰⁷, en combinación con otras pruebas pertinentes sometidas a su consideración, pudieran informar su evaluación del grado de contribución de las medidas al objetivo de Australia.¹⁰⁰⁸ No obstante, el Grupo Especial también dejó claro que esas pruebas eran pertinentes solo "en la medida en que informen la repercusión de las medidas en las conductas tabáquicas que son el objetivo último de las medidas".¹⁰⁰⁹

6.351. Teniendo en cuenta la descripción que hace la Ley TPP del funcionamiento previsto de las medidas TPP, el Grupo Especial evaluó en primer lugar el efecto previsto de dichas medidas, sobre la base de su diseño, estructura y funcionamiento previsto.¹⁰¹⁰ Posteriormente, evaluó las pruebas relativas a los efectos reales de las medidas TPP tras su entrada en vigor. Concretamente, evaluó la repercusión de las medidas TPP en: i) los resultados "no conductuales" o "proximales" (a saber, el atractivo del empaquetado, la eficacia de las ASG y la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores)¹⁰¹¹; ii) los resultados "distales" (a saber, los resultados relativos a las intenciones o las conductas, como un aumento de las intenciones de dejar de fumar y un aumento de los intentos de dejar de fumar)¹⁰¹²; y iii) la conducta tabáquica (a saber, la prevalencia y el consumo).¹⁰¹³ El Grupo Especial también examinó la repercusión de las medidas TPP en el comercio

⁹⁹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 843.

¹⁰⁰⁰ Recordamos que los reclamantes presentaron dos series de argumentos subsidiarios para respaldar su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2. Véase el párrafo 6.5 *supra*.

¹⁰⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.426.

¹⁰⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.437.

¹⁰⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.485. Observamos que la caracterización que hizo el Grupo Especial de los argumentos de las partes no se impugna en apelación.

¹⁰⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.424. Véase también *ibid.*, párrafo 7.483.

¹⁰⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.495. (con resalte en el original)

¹⁰⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.495.

¹⁰⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

¹⁰⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

¹⁰⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.498.

¹⁰¹⁰ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.5.

¹⁰¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.491.

¹⁰¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.491.

¹⁰¹³ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.6.

ilícito.¹⁰¹⁴ Al realizar esta labor, el Grupo Especial estimó que estaba obligado a examinar y considerar todas las pruebas a su alcance y a "evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba".¹⁰¹⁵

6.352. A lo largo de todo su análisis, el Grupo Especial subrayó que el funcionamiento de las medidas TPP, incluida su contribución al objetivo de Australia, debe examinarse en el contexto más amplio de otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia. El Grupo Especial explicó que, si bien este contexto más amplio no elimina o reduce la necesidad "de identificar la contribución que las propias medidas impugnadas hacen al objetivo de Australia", era una consideración pertinente en su evaluación, en la medida en que "contribuye y afecta a la manera en que las medidas se aplican y funcionan, como componente de una serie más amplia de medidas de control del tabaco complementarias".¹⁰¹⁶

6.353. Después de su examen de las pruebas anteriores y posteriores a la implementación que tenía ante sí¹⁰¹⁷, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

7.1025. En definitiva, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁰¹⁸

6.354. Observamos que, en su resumen de los fundamentos de su conclusión general, el Grupo Especial puso de relieve la importancia de las pruebas anteriores a la implementación relativas a los efectos previstos de las medidas TPP¹⁰¹⁹, destacando al mismo tiempo las limitaciones de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión real de las medidas TPP.¹⁰²⁰ Por ejemplo, en relación con las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP, el Grupo Especial dio la siguiente explicación:

7.1027. [N]o estamos convencidos de que los reclamantes hayan establecido que las conclusiones en gran medida coincidentes reflejadas en el corpus de estudios en cuestión, y las conclusiones generales extraídas a partir de estos, deban considerarse tan fundamentalmente viciadas que no respaldan en modo alguno la propuesta de que las medidas TPP son capaces de contribuir a su objetivo mediante estos mecanismos.

¹⁰¹⁴ Informe del Grupo Especial, sección 7.2.5.3.7. Las constataciones del Grupo Especial sobre el comercio ilícito no son objeto de apelación.

¹⁰¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.517 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137).

¹⁰¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.506 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 154).

¹⁰¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1024.

¹⁰¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

¹⁰¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1026-7.1034.

¹⁰²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1035-7.1039.

7.1028. Nuestra conclusión se ve respaldada por el hecho de que este corpus de estudios ha sido objeto de varios exámenes realizados fuera del contexto de los presentes procedimientos, que han concluido que el conjunto de estudios en cuestión apoya la tesis de que el empaquetado genérico del tabaco sería adecuado para reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los riesgos del consumo de tabaco. Señalamos en particular las conclusiones del examen independiente realizado en nombre del Gobierno del Reino Unido[*], en el que se analizó tanto la calidad de un examen sistemático anterior de la base probatoria relativa al empaquetado genérico del tabaco como la calidad de las propias pruebas subyacentes, y se concluyó que los estudios cuantitativos examinados se habían realizado "con criterios rigurosos", que "las conclusiones que se extrajeron son un reflejo razonable de las pruebas disponibles" y que el examen de los estudios cualitativos en cuestión era "un examen sistemático de alta calidad", que estaba "claramente documentado y sigue la mejor práctica reconocida para tales exámenes".¹⁰²¹

[*nota del original] ²⁶⁴⁸ Asignamos un peso particular a esta evaluación realizada por examinadores independientes que no se encuentran entre los autores de estudios sobre "empaquetado genérico" citados frecuentemente y recibieron el encargo a los efectos de realizar una evaluación independiente de los estudios pertinentes.

6.355. Si bien, como se cita *supra*, el Grupo Especial manifestó que confiaba en la solidez de sus conclusiones basadas en las pruebas de los efectos previstos de las medidas, observamos que en cambio se mostró más prudente con respecto a las pruebas de los efectos reales de las medidas TPP después de su entrada en vigor. Por ejemplo, por lo que respecta a las pruebas de la prevalencia de tabaquismo y del consumo posteriores a la implementación, el Grupo Especial señaló con cautela que "no existe acuerdo sobre la medida en que los datos disponibles en el momento de nuestra evaluación pueden informar una evaluación general de la contribución real y prevista de las medidas a su objetivo. Los datos que tenemos a nuestra disposición en los presentes procedimientos se refieren a un período de hasta tres años a contar desde la entrada en vigor de las medidas TPP".¹⁰²² Además de la limitación temporal que afecta a la disponibilidad de las pruebas posteriores a la implementación, el Grupo Especial señaló también lo siguiente:

Es difícil cuantificar la repercusión general de las medidas TPP por lo que se refiere a la magnitud de los cambios en las conductas tabáquicas atribuibles a las medidas, sobre la base de las pruebas de que disponemos. En particular, esta repercusión ... es difícil de separar empíricamente, sobre la base de las pruebas de que disponemos, de otros factores que también afectan a la evolución de las conductas tabáquicas, incluidas las medidas de control del tabaco aplicadas simultáneamente con las medidas TPP.¹⁰²³

6.356. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, entendemos que el Grupo Especial ha identificado el tiempo limitado transcurrido desde la entrada en vigor de las medidas TPP, así como la dificultad de aislar los efectos de dichas medidas, como factores que socavan la calidad de las pruebas posteriores a la implementación disponibles relativas a los efectos reales de las medidas TPP. En cambio, las explicaciones del Grupo Especial indican que atribuyó un valor probatorio mayor a las pruebas anteriores a la implementación relativas a los efectos previstos de las medidas TPP.

6.357. Recordamos, además, la observación del Grupo Especial de que la repercusión de las medidas TPP *puede* evolucionar con el tiempo. El Grupo Especial no formuló esta observación hasta después de haber concluido que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la

¹⁰²¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1027-7.1028 (donde se hace referencia al informe de Chantler (Pruebas documentales AUS-81, CUB-61 presentadas al Grupo Especial)); *ibid.*, anexo D, página 49 (donde se hace referencia al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59 presentadas al Grupo Especial)); *ibid.*, anexo E, página 56 (donde se hace referencia al examen de Stirling (Pruebas documentales AUS-140, HND-130, CUB-59 presentadas al Grupo Especial)).

¹⁰²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1037.

¹⁰²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1040.

exposición a estos productos".¹⁰²⁴ Como se ha declarado *supra*, dado que las medidas TPP habían estado en vigor durante muy poco tiempo en el momento en que se iniciaron las actuaciones del Grupo Especial, su observación de que "la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo"¹⁰²⁵ parece razonable.

6.358. En nuestra opinión, habiendo examinado debidamente todas las pruebas pertinentes que tenía ante sí, el Grupo Especial actuó claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales, como instancia que decide sobre los hechos, al atribuir un mayor peso probatorio a las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP que a las pruebas de los efectos reales de estas medidas. Por estas razones, rechazamos la afirmación de Honduras de que, al llegar a su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de la calidad y el valor probatorio de las pruebas anteriores a la implementación a la luz de las pruebas posteriores a la implementación.¹⁰²⁶

6.359. Además, como hemos observado en las secciones 6.1.2.3.2-6.1.2.3.3 *supra*, no estamos convencidos de que los apelantes hayan demostrado que el Grupo Especial, al llegar a sus conclusiones intermedias, no hiciera una evaluación objetiva de los hechos del asunto. Tampoco estamos de acuerdo con la afirmación de la República Dominicana de que si las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos reales de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo y el consumo se revocan, ninguna de las constataciones intermedias restantes formuladas por el Grupo Especial -es decir, ni las constataciones sobre la repercusión prevista de las medidas TPP ni sus constataciones sobre la repercusión real de las medidas en los resultados "proximales" y "distales"- sería suficiente para sostener su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP.¹⁰²⁷

6.360. A este respecto, recordamos la constatación que hemos formulado en la sección 6.1.2.3.2 *supra* de que los reclamantes no han demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva del asunto con respecto a su evaluación de las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP. En consecuencia, los reclamantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar lo siguiente:

7.929. En definitiva, nuestro examen de las pruebas de que disponemos en relación con el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP no nos convence de que, como aducen los reclamantes, tales medidas no podrían contribuir al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, mediante el funcionamiento de los mecanismos identificados en la Ley TPP, en combinación con otras medidas pertinentes de control del tabaco aplicadas por Australia.

7.930. Más bien, nuestro examen de las pruebas pertinentes indica que es un hecho reconocido que se pueden utilizar diversas características de la marca en el empaquetado del tabaco para transmitir determinadas asociaciones positivas con los productos, y que existe un corpus de investigaciones cuyo objeto era estudiar la repercusión de la *eliminación* de este tipo de características mediante el empaquetado genérico de los productos de tabaco, en los tipos de "resultados proximales" ahora recogidos en la Ley TPP. ...

7.931. Asimismo, tomamos nota del corpus de investigaciones dedicadas al estudio de la relación entre las percepciones de los productos, las intenciones y las conductas expuestas por las partes ...[.] En conjunto, estas pruebas, si bien indican claramente la complejidad y multiplicidad de los factores que determinan las conductas tabáquicas, son compatibles, en nuestra opinión, con la premisa que subyace al diseño y la estructura de las medidas TPP de que las conductas pertinentes pueden verse influidas por una reducción del atractivo de los productos de tabaco o por una mayor conciencia y comprensión de los riesgos del consumo de tabaco para la salud, o por ambas cosas.¹⁰²⁸

¹⁰²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043.

¹⁰²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹⁰²⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 797.

¹⁰²⁷ Véase la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 593.

¹⁰²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.929-7.931. (con resalte en el original)

6.361. De manera análoga, como se refleja en la sección 6.1.2.3.3.2 *supra*, no nos convence ninguna de las impugnaciones planteadas por los apelantes respecto del análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a los resultados proximales y distales. Por consiguiente, las constataciones formuladas por el Grupo Especial en los apéndices A y B de su informe, resumidas en los párrafos 7.958 y 7.963 del informe del Grupo Especial, siguen siendo válidas. Como se ha expuesto *supra*, consideramos que, habiendo examinado debidamente todas las pruebas pertinentes que tenía ante sí, el Grupo Especial actuó claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales, como instancia que decide sobre los hechos, al atribuir un mayor peso probatorio a las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP que a las pruebas de los efectos reales de estas medidas. Por consiguiente, en nuestra opinión, las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos previstos, juntamente con sus constataciones sobre la repercusión real de las medidas TPP en los resultados proximales y distales, respaldan la conclusión general del Grupo Especial de que "las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁰²⁹

6.362. Además, en la sección 6.1.2.3.3.1 *supra*, hemos rechazado la gran mayoría de las impugnaciones de los apelantes respecto del análisis del Grupo Especial sobre la conducta tabáquica. Dicho esto, hemos identificado dos errores en la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la prevalencia de tabaquismo y al consumo. En primer lugar, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error al utilizar la no estacionariedad y la multicolinealidad.¹⁰³⁰ No obstante, como hemos expuesto *supra*, consideramos que este error del Grupo Especial no tiene ninguna repercusión en su conclusión definitiva de que "hay indicios econométricos de que las medidas TPP ... contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo en [Australia]".¹⁰³¹ En segundo lugar, con respecto al hecho de que el Grupo Especial se basara en la repercusión del alto precio del tabaco para criticar las pruebas de las partes, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al no abordar los argumentos de la República Dominicana relativos al modelo de consumo presentado por Australia. Consideramos que este error socava fatalmente la determinación del Grupo Especial de que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes, en la que el Grupo Especial basó su conclusión de que "algunos datos econométricos indican que las medidas [TPP] ... contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor y, por lo tanto, el consumo de cigarrillos".¹⁰³² En nuestra opinión, el error del Grupo Especial vicia esta constatación de hecho.

6.363. Tras constatar estos errores en el análisis del Grupo Especial, tomamos nota de la afirmación de Australia de que incluso si los apelantes pudieran establecer que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales como instancia que decide sobre los hechos, todavía tendrían que demostrar que los errores del Grupo Especial socavaban la objetividad de la evaluación del Grupo Especial.¹⁰³³ Según Australia, para que las alegaciones de error formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 prosperen, deben mostrar que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales y que las consecuencias para las constataciones del Grupo Especial son importantes. En opinión de Australia, "ninguno de los errores que alegan los apelantes, individual o acumulativamente, socava de manera importante la conclusión jurídica definitiva del Grupo Especial de que los reclamantes no satisficieron la carga que les correspondía de demostrar que las medidas TPP no son adecuadas para hacer una contribución al objetivo legítimo de Australia".¹⁰³⁴

6.364. El Órgano de Apelación ha dicho que no todos los errores en la evaluación de las pruebas o todos los errores de derecho constituyen un incumplimiento de parte del grupo especial de la obligación de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido.¹⁰³⁵ Más bien, "[p]ara

¹⁰²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹⁰³⁰ Véase el párrafo 6.257 *supra*.

¹⁰³¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 122. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁰³² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.c.

¹⁰³³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 448 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.157; *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; y *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442).

¹⁰³⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 449.

¹⁰³⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 497; y *Japón - Manzanas*, párrafo 222. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación afirmó que "no todos los errores en

que su impugnación al amparo del artículo 11 pueda prosperar, un apelante debe demostrar que la declaración era *importante* para la conclusión jurídica del Grupo Especial".¹⁰³⁶ Por lo tanto, a fin de revocar una constatación de un grupo especial sobre la base del artículo 11, el Órgano de Apelación ha dicho que tiene que "asegurar[se] de que los errores del [g]rupo [e]special, considerados conjunta o individualmente, menoscaban la objetividad de [su] evaluación", de manera que la constatación de hecho del grupo especial "ya no ten[ga] un fundamento probatorio y objetivo suficiente".¹⁰³⁷

6.365. Por lo que respecta a los hechos del presente asunto, recordamos nuestra constatación de que los errores el Grupo Especial vician solo sus constataciones de hecho relativas a la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos que figura en el apéndice D de su informe. No obstante, la cuestión sigue siendo si el hecho de que vicie esta constatación de hecho socava la conclusión general del Grupo Especial de que las medidas TPP son adecuadas para contribuir, y contribuyen, al objetivo de Australia. A este respecto, recordamos que la conclusión definitiva del Grupo Especial sobre el grado de contribución tuvo en cuenta las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP (es decir, las pruebas anteriores a la implementación relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas).¹⁰³⁸ El Grupo Especial consideró que, sobre la base de estas pruebas, los apelantes no habían demostrado que las medidas TPP no fueran aptas para contribuir al objetivo de Australia. Además, el Grupo Especial consideró que era razonable plantear la hipótesis de que las medidas TPP contribuirán al objetivo de Australia reduciendo el atractivo de los productos de tabaco.¹⁰³⁹ El Grupo Especial también tuvo en cuenta las pruebas posteriores a la implementación de los efectos reales de las medidas TPP. El Grupo Especial consideró pertinente que las medidas TPP hayan reducido el atractivo de los productos de tabaco y hayan contribuido a reducir la prevalencia de fumadores y el consumo de productos de tabaco.¹⁰⁴⁰ Concretamente, el Grupo Especial consideró que estas pruebas eran "compatibles con" la opinión de que las medidas TPP contribuyeron al objetivo de Australia.¹⁰⁴¹

6.366. Señalamos que, al formular su conclusión de que las pruebas de la prevalencia de fumadores y el consumo eran compatibles con la hipotética repercusión de las medidas TPP, el Grupo Especial subrayó "[e]l hecho de que las tendencias a la baja preexistentes de la prevalencia de fumadores y las ventas y el consumo globales de productos de tabaco no solo continuasen, sino que se acelerasen desde la implementación de las medidas TPP, y de que las medidas TPP y las ASG ampliadas tuviesen

la evaluación de las pruebas (aunque eso también puede dar lugar a una cuestión de derecho) se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos" (informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133).

¹⁰³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 722. (sin resalte en el original)

¹⁰³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1318. De manera análoga, en el asunto *CE - Elementos de fijación (China)*, el Órgano de Apelación afirmó lo siguiente:

Un intento de convertir cada error de un grupo especial en una infracción del artículo 11 del ESD constituye un enfoque incompatible con el alcance de esta disposición. En particular, al aducir que un grupo especial hizo caso omiso de un elemento de prueba, el mero hecho de que un grupo especial no se refiriera expresamente a esa prueba en su razonamiento es insuficiente para respaldar una alegación de infracción al amparo del artículo 11. Lo que tiene que hacer un participante es explicar por qué esa prueba es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no la trate expresamente ni se base expresamente en ella influye en la objetividad de su evaluación de los hechos.

(Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442).

¹⁰³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1026-7.1034.

¹⁰³⁹ El Grupo Especial declaró lo siguiente:

[E]n un contexto normativo en el que el empaquetado del tabaco constituiría la *única* ocasión de transmitir una percepción positiva del producto a través de las marcas, como en el caso de Australia, nos parece razonable plantear la hipótesis de que existe alguna correlación entre la eliminación de esos elementos de diseño y el atractivo del producto, y entre ese menor atractivo del producto y los comportamientos de los consumidores. Tampoco nos parece irrazonable, en tal contexto, de acuerdo con las pruebas de que disponemos, prever que la eliminación de estos elementos también impediría que generaran señales contradictorias que socavasen otros mensajes que intentan aumentar el conocimiento de los consumidores sobre el carácter nocivo del consumo de tabaco y que forman parte de la estrategia de control del tabaco de Australia, incluidos los que transmiten las ASG.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034 (con resalte en el original)).

¹⁰⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1036-7.1037.

¹⁰⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1036-7.1037.

una repercusión negativa y estadísticamente significativa en la prevalencia del consumo de tabaco y las ventas de cigarrillos al por mayor".¹⁰⁴² El razonamiento del Grupo Especial con respecto a la prevalencia de tabaquismo y al consumo, por lo tanto, se elaboró sobre la base de las conclusiones formuladas por el Grupo Especial en las etapas 2 y 3 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo (en el apéndice C) y las etapas 2 y 3 de su análisis del consumo de cigarrillos (en el apéndice D). Como se ha indicado, el Grupo Especial también consideró pertinente que las pruebas indicaran que las medidas TPP habían reducido el atractivo de los productos de tabaco.¹⁰⁴³ De estos cinco aspectos diferentes de su análisis en los que se basó el Grupo Especial para elaborar su conclusión de que las pruebas posteriores a la implementación eran compatibles con la hipotética repercusión de las medidas TPP, los apelantes han demostrado que el Grupo Especial incurrió en error con respecto a un aspecto únicamente, a saber, la etapa 3 del análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial.

6.367. Además, recordamos que la prevalencia de tabaquismo y el consumo fueron simplemente dos parámetros mediante los cuales el Grupo Especial evaluó la cuestión de si las medidas TPP habían tenido un efecto real en las conductas tabáquicas (iniciación, cese y recaída). En nuestra opinión, los apelantes no han demostrado de qué manera los errores cometidos por el Grupo Especial en su evaluación del consumo demostrarían también que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de la prevalencia de fumadores. A este respecto, también subrayamos que, aunque el Grupo Especial consideró que las pruebas sobre el consumo de cigarros eran dispares, se basó exclusivamente en las pruebas relativas a la prevalencia del hábito de fumar cigarros al concluir que las "pruebas econométricas ... que indican que las medidas TPP ... contribuyeron a una reducción de la prevalencia del consumo de cigarros también son compatibles con la conclusión de que las medidas tienen una repercusión en las conductas tabáquicas pertinentes con respecto de los cigarros".¹⁰⁴⁴ En nuestra opinión, de ello se desprende que el Grupo Especial no necesitaba pruebas de que las medidas TPP tuvieran una repercusión positiva en el consumo de productos de tabaco para concluir que las pruebas posteriores a la implementación eran "compatibles con" la hipotética contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

6.368. Por último, tomamos nota de la alegación de Honduras de que "las propias constataciones limitadas del Grupo Especial"¹⁰⁴⁵ relativas a los efectos reales de las medidas TPP sobre la conducta tabáquica no respaldan su conclusión general de que de hecho las medidas "efectivamente" realizan una contribución significativa al objetivo de Australia.¹⁰⁴⁶ Honduras señaló que, en su enfoque sobre las pruebas relativas a la contribución, el Grupo Especial subrayó la necesidad de examinar la "conducta real" y "destacó la importancia de las pruebas empíricas sobre el consumo de los productos de tabaco a fin de llegar a una conclusión sobre la contribución real de las medidas a su objetivo".¹⁰⁴⁷ No obstante, Honduras afirma que las constataciones que formula el Grupo Especial en los apéndices de su informe están "redactadas cuidadosamente y denotan incertidumbre acerca de las conclusiones generales que puedan extraerse de las pruebas".¹⁰⁴⁸ Según Honduras, aunque las constataciones del Grupo Especial se consideren como algo dado, estas "limitadas" constataciones no respaldan la conclusión general del Grupo Especial sobre la "contribución real" de las medidas TPP al objetivo de Australia.¹⁰⁴⁹

6.369. Recordamos que, ante el Grupo Especial, "los reclamantes considera[ron] que las medidas TPP no pueden contribuir a su objetivo mediante los mecanismos indicados en la Ley TPP, y que las pruebas posteriores a la implementación muestran que en realidad no ha habido una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco como consecuencia de las medidas TPP".¹⁰⁵⁰ El Grupo Especial trató de determinar en qué grado las medidas TPP, "tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el

¹⁰⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.986.

¹⁰⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1036.

¹⁰⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1039. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁰⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 726.

¹⁰⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 735-737. Véase también *ibid.*, párrafos 724 y 726.

¹⁰⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 735.

¹⁰⁴⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 738.

¹⁰⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 739-745.

¹⁰⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.485. Observamos que la caracterización que hizo el Grupo Especial de los argumentos de las partes no se impugna en apelación.

consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno".¹⁰⁵¹ En su conclusión general, el Grupo Especial respondió a esta pregunta como sigue:

7.1025. En definitiva, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁰⁵²

6.370. Observamos que el párrafo 7.1025 consta de dos frases. En la primera frase, el Grupo Especial concluyó que "los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP *no* sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁰⁵³ En la segunda frase, el Grupo Especial continuó diciendo que las pruebas de que disponía respaldaban la opinión de que "las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁰⁵⁴ En ninguna de las comunicaciones de los apelantes se hizo referencia expresamente a la primera frase del párrafo 7.1025. Sin embargo, en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, parecía que los apelantes y Australia compartían la opinión de que las dos frases del párrafo 7.1025 no debían leerse aisladamente una de otra. Más bien, a su juicio, ambas frases, leídas conjuntamente, reflejaban el rechazo por el Grupo Especial de la proposición de los reclamantes de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer, ni hacen, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Honduras añadió que el párrafo 7.1043 confirmaba la constatación principal del Grupo Especial, recogida en la segunda frase del párrafo 7.1025.

6.371. Coincidimos con los participantes en que las dos frases del párrafo 7.1025, leídas conjuntamente, constituyen el rechazo de la proposición de los reclamantes de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer, ni hacen, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Sin embargo, no compartimos la opinión de Honduras de que el contenido del párrafo 7.1043 es el mismo que el de la segunda frase del párrafo 7.1025. Según nuestra interpretación, hay un matiz adicional en la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.1043. Entre los párrafos 7.1025 y 7.1043, el Grupo Especial resumió los puntos fundamentales¹⁰⁵⁵ que justifican su conclusión de que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución *significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁰⁵⁶ No consideramos

¹⁰⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.424. Véase también *ibid.*, párrafo 7.483.

¹⁰⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

¹⁰⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025. (sin resalte en el original)

¹⁰⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹⁰⁵⁵ Observamos que, en esos párrafos, el Grupo Especial puso de relieve el carácter sólido de las pruebas anteriores a la implementación que tenía ante sí, destacando al mismo tiempo las limitaciones de las pruebas relativas a la repercusión real de las medidas TPP tras su entrada en vigor.

¹⁰⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1024-7.1025 y 7.1043. (sin resalte en el original)

casual que el Grupo Especial añadiera la palabra "significativa". Mientras que en el párrafo 7.1025 se abordaba y rechazaba la proposición de los reclamantes de que "las medidas TPP no s[on] adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia"¹⁰⁵⁷, la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.1043 va más allá al referirse a la cuestión del "grado" de la contribución que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco de Australia, hacen al objetivo de Australia. A este respecto, y como se ha analizado en el párrafo 6.40 *supra*, entendemos que el Grupo Especial concluyó que "las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución *significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos"¹⁰⁵⁸ como entrada para abordar la proposición alternativa de los reclamantes. Recordamos que los reclamantes adujeron subsidiariamente que, incluso si el Grupo Especial concluyera que las medidas TPP hacen una contribución al objetivo de Australia, dichas medidas seguirían "restringi[endo] el comercio más de lo necesario" porque estarían disponibles para Australia varias medidas alternativas que restringen menos el comercio y podrían lograr un grado de contribución¹⁰⁵⁹ *equivalente* al objetivo de Australia. En efecto, el Grupo Especial destacó esta conclusión sobre la "contribución significativa al objetivo de Australia" que hacen las medidas en su evaluación de las medidas alternativas propuestas por los reclamantes.¹⁰⁶⁰

6.372. Por consiguiente, dadas las circunstancias específicas del presente asunto y la manera en que los reclamantes plantearon sus alegaciones ante el Grupo Especial, nuestra opinión es que el *grado* de la contribución de las medidas TPP (es decir, si la contribución es "significativa") solo es pertinente para la comparación por el Grupo Especial del grado de restricción del comercio de las medidas TPP y el grado en que estas alcanzan el objetivo de Australia con el grado en que lo hacen las posibles medidas alternativas propuestas razonablemente disponibles y menos restrictivas del comercio que las medidas TPP, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.¹⁰⁶¹ En consecuencia, en las circunstancias específicas del asunto, la conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia no se ve afectada por el calificativo "significativa".

6.373. A la luz de lo que antecede, constatamos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en los párrafos 7.1025 y 7.1043 de su informe, que:

7.1025. En definitiva ... los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹⁰⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043.

¹⁰⁵⁹ Primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafo 911; y primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 1019 y 1021 (donde se hace referencia a los párrafos 736 y siguientes, en particular al párrafo 737).

¹⁰⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1386.

¹⁰⁶¹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 376 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 320-322).

¹⁰⁶² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

6.1.3 La restrictividad del comercio de las medidas TPP

6.374. Consideramos, sucesivamente, si el Grupo Especial: i) incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 en lo que concierne al elemento de "restrictividad del comercio"; ii) incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 en su determinación de la restrictividad del comercio de las medidas TPP; y iii) actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

6.1.3.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.375. Antes de evaluar el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP, el Grupo Especial definió el criterio por el que evaluar la restrictividad del comercio, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. El Grupo Especial puso de relieve que "un reglamento técnico 'restring[e] el comercio' en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 si tiene un efecto limitativo en el comercio internacional".¹⁰⁶³ El Grupo Especial observó además que "anteriores grupos especiales y el Órgano de Apelación han evaluado la restrictividad del comercio de reglamentos técnicos específicos por referencia a su efecto limitativo en las 'oportunidades de competencia' de que disponen los productos importados", en diferencias en que se realizó "una evaluación independiente de la cuestión de si el reglamento técnico daba a los productos importados un trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁰⁶⁴ Sin embargo, el Grupo Especial consideró que "[l]a manera en que se justifica una afirmación de restrictividad del comercio puede variar de un caso a otro", y que "se puede justificar la afirmación de que un reglamento técnico restringe el comercio sobre la base de que el reglamento técnico tiene un efecto que limita las oportunidades de competencia 'en las circunstancias particulares de un caso determinado ... en términos cualitativos'".¹⁰⁶⁵

6.376. El Grupo Especial señaló además que, "en algunos casos, 'la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia puede ser evidente respecto de determinadas medidas discriminatorias *de jure*, mientras que pueden requerirse pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio para demostrar la existencia y la amplitud de la restricción del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias que aborden un objetivo legítimo'".¹⁰⁶⁶ En consecuencia, "[s]i bien la existencia de discriminación puede contribuir a establecer la 'restrictividad del comercio' en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, la determinación de 'restrictividad del comercio' no depende de que exista un trato discriminatorio de los productos importados".¹⁰⁶⁷ El Grupo Especial consideró, por lo tanto, que "[c]ómo haya que demostrar la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio con respecto a los reglamentos técnicos que no se alega que sean discriminatorios dependerá ... de las circunstancias de un caso determinado", y que, "si no hay ninguna alegación de restricción *de jure* de las oportunidades de que las importaciones compitan en el mercado, ni de ninguna supuesta discriminación a este respecto (entre importaciones o entre productos importados y nacionales), se requerirá una demostración suficiente para establecer la existencia y la amplitud de cualquier 'efecto limitativo' en el comercio internacional".¹⁰⁶⁸ El Grupo Especial añadió que una demostración de la restrictividad del comercio "podrá basarse en argumentos y pruebas que sean cualitativos o cuantitativos, o ambas cosas, incluidas pruebas relativas a las características de la medida impugnada puestas de manifiesto en su diseño y funcionamiento".¹⁰⁶⁹

6.377. Honduras aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al no apoyarse en un criterio jurídico basado en las condiciones de

¹⁰⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1072. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁰⁶⁴ Informe del Grupo Especial, para. 7.1073 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 7.367-7.370; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.572; y a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 y nota 643 a dicho párrafo; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.205 y nota 1269 a dicho párrafo).

¹⁰⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208).

¹⁰⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, nota 643 al párrafo 5.208).

¹⁰⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074.

¹⁰⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1075 (donde se hace referencia los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208).

¹⁰⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1076.

competencia y las oportunidades de competencia.¹⁰⁷⁰ Según Honduras, el Grupo Especial "bas[ó] su análisis ... en la cuestión de si las medidas [TPP] son discriminatorias" y "prefirió una prueba de los 'efectos en el comercio' basada en el grado en que las medidas reducían realmente el volumen de las ventas y, por consiguiente, de las importaciones".¹⁰⁷¹ A juicio de Honduras, la "prueba de los 'efectos en el comercio' [del Grupo Especial] es incompatible con la jurisprudencia establecida de la OMC y constituye un error de derecho".¹⁰⁷² Para Honduras, "al someter a los reglamentos técnicos no discriminatorios a un criterio diferente y superior, que de hecho exige una demostración de efectos reales en el comercio en el período siguiente a la implementación de las medidas TPP, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁰⁷³

6.378. La República Dominicana, por su parte, aduce que el Grupo Especial actuó correctamente al "articul[ar] la interpretación adecuada de la expresión 'restringir[] el comercio' al inicio de su análisis del párrafo 2 del artículo 2".¹⁰⁷⁴ La República Dominicana considera que "el Grupo Especial explicó que anteriores evaluaciones [de la restrictividad del comercio] se centraron en la cuestión de si un reglamento técnico tenía un "efecto limitativo en las 'oportunidades de competencia' de que disponen los productos importados".¹⁰⁷⁵ La República Dominicana destaca las constataciones del Grupo Especial de que "las medidas TPP limitan las oportunidades de que los productores diferencien sus productos", que esa "diferenciación genera fidelidad en los consumidores y aumenta su disposición a pagar" y que "las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de esa diferenciación de marcas".¹⁰⁷⁶ A juicio de la República Dominicana, al concluir que no estaba convencido de que "esta modificación del entorno competitivo de todos los productos de tabaco en todo el mercado (que puede en principio aumentar la competencia en el mercado) constituya, en sí misma, una restricción de las 'oportunidades de competencia' para los productos de tabaco importados que deba suponerse tiene un 'efecto limitativo' en el comercio internacional", el Grupo Especial concluyó de hecho que la "prueba de que las medidas TPP, por su propio diseño, limitan las oportunidades de competencia para los productos de tabaco importados no era suficiente para demostrar la restrictividad del comercio".¹⁰⁷⁷ Según la República Dominicana, "si el Grupo Especial hubiera aplicado correctamente el criterio jurídico de la restrictividad del comercio, habría constatado que la pérdida de oportunidades de competencia para los productos de tabaco derivada del diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP constituye restrictividad del comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁰⁷⁸

6.379. Australia aduce que el Grupo Especial interpretó correctamente que el párrafo 2 del artículo 2 refleja un criterio jurídico de efecto limitativo en el comercio internacional, y no un criterio relativo a las condiciones de competencia. Australia considera que la interpretación del Grupo Especial está en consonancia con el sentido corriente y el contexto del párrafo 2 del artículo 2, el objeto y fin del Acuerdo OTC y las anteriores declaraciones del Órgano de Apelación sobre el criterio jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2.¹⁰⁷⁹ A juicio de Australia, centrarse en un criterio de restrictividad del comercio basado en las "oportunidades de competencia" como propugnan los apelantes "llevaría a una lectura del texto del párrafo 2 del artículo 2 que excluiría de él las expresiones 'restringir[] el comercio' y 'obstáculos innecesarios al comercio internacional'".¹⁰⁸⁰ A juicio de Australia, "el Grupo Especial sostuvo correctamente que correspondía a los reclamantes demostrar 'cómo dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco'".¹⁰⁸¹ Australia también aduce que, al interpretar el párrafo 2 del artículo 2, el Grupo Especial no constató que solo las medidas discriminatorias puedan ser

¹⁰⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 465-529.

¹⁰⁷¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 466. Véase también *ibid.*, párrafos 465, 484 y 506-529.

¹⁰⁷² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 467.

¹⁰⁷³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 467.

¹⁰⁷⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1245.

¹⁰⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1267 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1073, donde a su vez se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477).

¹⁰⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1270 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167). (no se reproduce el resalte)

¹⁰⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1272 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167). (no se reproduce el resalte)

¹⁰⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1246.

¹⁰⁷⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 289-296.

¹⁰⁸⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 303.

¹⁰⁸¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 304 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168). (con resalte en el original)

incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2, ni que se requieran pruebas de efectos reales en el comercio para demostrar que un reglamento técnico no discriminatorio tiene un efecto limitativo en el comercio internacional.¹⁰⁸²

6.380. Entendemos, a juzgar por las respuestas de los apelantes a preguntas formuladas en la primera audiencia, que la articulación básica del criterio jurídico realizada por el Grupo Especial, según se ha expuesto *supra*¹⁰⁸³, no es cuestionada ni por Honduras ni por la República Dominicana.¹⁰⁸⁴ En particular, ni Honduras ni la República Dominicana ponen en cuestión la explicación del Grupo Especial de que el criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2 exige una demostración de "un efecto limitativo en el comercio internacional".¹⁰⁸⁵ Dicho esto, observamos que, como se explica *infra*, los apelantes sí cuestionan varios aspectos fundamentales de la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 realizada por el Grupo Especial.

6.381. En primer lugar, tomamos nota de las declaraciones de Honduras de que el Grupo Especial "est[uvo] de acuerdo en que 'la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia' es un elemento central del concepto de restrictividad del comercio", y de que "el Grupo Especial reiter[ó] la norma general de que un efecto limitativo de las oportunidades de competencia es lo que caracteriza a una restricción del comercio".¹⁰⁸⁶ A juicio de Honduras, la determinación del Grupo Especial de que las medidas TPP habían modificado las condiciones de competencia en el mercado australiano "debería haber zanjado la cuestión".¹⁰⁸⁷ Por su parte, la República Dominicana considera que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 "de tal manera que demostrar la existencia de limitaciones de las oportunidades de competencia no es suficiente para demostrar que una medida 'restringe el comercio'".¹⁰⁸⁸ Como en el caso de Honduras, el argumento de la República Dominicana de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 parece estar basado en su opinión de que, con arreglo al criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2, cualquier limitación de las llamadas "oportunidades de competencia" es suficiente para demostrar la restrictividad del comercio.¹⁰⁸⁹

6.382. Entendemos, por lo tanto, que ambos apelantes consideran que una demostración de una "modificación de las condiciones de competencia" en un mercado concreto (según lo expresa Honduras)¹⁰⁹⁰, o de una "limitación de las oportunidades de competencia" de los productos (según lo expresa la República Dominicana)¹⁰⁹¹, basta para demostrar que una medida restringe el

¹⁰⁸² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 308-309 y 319-320.

¹⁰⁸³ Véase el párrafo 6.375 *supra*.

¹⁰⁸⁴ Véanse también la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 469; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1281.

¹⁰⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1072 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319); y respuestas de Honduras y la República Dominicana a preguntas formuladas en la primera audiencia. Observamos también que esta definición concuerda con la descripción que hace la República Dominicana de la expresión "restricción del comercio", según la cual esta hace referencia a una "condición limitativa", así como con las definiciones de diccionario de "restriction" (restricción), a saber, "[a] thing which restricts someone or something, a limitation on action, a limiting condition or regulation" (algo que restringe a alguien o algo, una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativa), y "restrict" (restringir), a saber, "limit, bound, confine" (limitar, constreñir, confinar). (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1281; *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble y A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen 2, página 2554). La primera frase del párrafo 2 del artículo 2 también hace referencia a "obstáculos innecesarios al comercio internacional"; por "obstacle" ("obstáculo") se entiende "[a] thing that stands in the way and obstructs progression; a hindrance, an obstruction" (algo que se interpone en el camino y obstruye el progreso; una molestia; una obstrucción). (*Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble y A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen 2, página 1970).

¹⁰⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 472 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074).

¹⁰⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 520.

¹⁰⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1286.

¹⁰⁸⁹ Véase, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1288 ("la República Dominicana demostró que el diseño y la estructura de las medidas TPP, en y por sí mismos, imponen una limitación a las oportunidades de competencia, con lo que probó la restrictividad del comercio de esas medidas").

¹⁰⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 526.

¹⁰⁹¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1288. (no se reproduce la nota de pie de página)

comercio.¹⁰⁹² Mientras que la República Dominicana considera que ello se refleja en la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2, Honduras considera que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 a este respecto.¹⁰⁹³

6.383. A nuestro juicio, es evidente que el Grupo Especial no consideró que una evaluación de la restrictividad del comercio de un reglamento técnico "se centr[e]"¹⁰⁹⁴ en evaluar las condiciones de competencia o las oportunidades de competencia de los productos. Antes bien, el Grupo Especial explicó que anteriores alegaciones de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC se habían planteado en circunstancias en que también se había planteado una alegación con respecto a la cuestión de si las medidas daban a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y que, [en esas diferencias, la determinación de la restrictividad del comercio se centró en el efecto limitativo de las medidas en las oportunidades de competencia de los productos importados].¹⁰⁹⁵ El Grupo Especial declaró a continuación que, según las circunstancias específicas de la diferencia, una afirmación de restrictividad del comercio "se *puede* justificar ... sobre la base de que el reglamento técnico tiene un efecto que limita las oportunidades de competencia".¹⁰⁹⁶ Por lo tanto, es incorrecto afirmar, como hace Honduras, que el Grupo Especial "est[uvo] de acuerdo en que 'la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia' es un elemento central del concepto de restrictividad del comercio".¹⁰⁹⁷

6.384. En cuanto a la cuestión de si estamos de acuerdo con este aspecto de la interpretación del Grupo Especial, recordamos que el criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2 entraña demostrar que el reglamento técnico en cuestión impone un efecto limitativo en el comercio internacional.¹⁰⁹⁸ Se plantea, por lo tanto, la cuestión de si una demostración de una modificación de las condiciones de competencia (o de una limitación de las oportunidades de competencia de determinados productos) basta para demostrar un efecto limitativo en el comercio internacional. Vemos una diferencia significativa entre, de un lado, la utilización por los grupos especiales y el Órgano de Apelación del concepto de condiciones de competencia en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 en anteriores diferencias y, de otro lado, la utilización por los apelantes de ese concepto en las presentes diferencias.

6.385. Recordamos la declaración anterior del Órgano de Apelación de que, al "evalua[r] ... la restricción del comercio de un reglamento técnico con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, ... *puede ser suficiente en las circunstancias particulares de un caso determinado*, la demostración de un efecto que limita las oportunidades de competencia en términos cualitativos".¹⁰⁹⁹ El Órgano de

¹⁰⁹² En la medida en que Honduras (o la República Dominicana) considere que el criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2 *no* exige una demostración de la existencia de un efecto limitativo en el comercio internacional, tal interpretación estaría en contradicción directa con la interpretación previa del Órgano de Apelación de que "la palabra '*restriction*' (restricción) ... se refiere en términos generales a algo que tiene un efecto limitativo" y, "como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 2, junto con la palabra '*comercio*', significa algo que tiene un efecto limitador en el comercio". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319 (no se reproduce la nota de pie de página)). Ni Honduras ni la República Dominicana han planteado ningún argumento que demuestre que la interpretación que hizo el Órgano de Apelación en esa diferencia fuera errónea.

¹⁰⁹³ Véanse los párrafos 6.377-6.378 *supra*.

¹⁰⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1267.

¹⁰⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1073.

¹⁰⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074. (sin resalte en el original)

¹⁰⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 472 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074).

¹⁰⁹⁸ Véase el párrafo 6.380 *supra*.

¹⁰⁹⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208. (no se reproduce la nota de pie de página; sin resalte en el original) Según Honduras, "en *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación recordó que la '*restrictividad del comercio*' se centra en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados" y, "en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, el Órgano de Apelación reiteró que la cuestión de la restrictividad del comercio exige una demostración de la existencia de un efecto limitativo en las oportunidades de competencia". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 491 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208)). No estamos de acuerdo. La declaración del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO* de que las "constataciones [del Grupo Especial] dan a entender que consideró que la medida tiene un grado considerable de restricción del comercio toda vez que limita las oportunidades de competencia del ganado importado en comparación con la situación anterior a la promulgación de la medida sobre el EPO" *no* implica, como afirma Honduras, que "la '*restrictividad del*

Apelación se ha servido por lo general de la expresión "oportunidades de competencia" para hacer referencia a las condiciones de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales (es decir, al trato nacional)¹¹⁰⁰, o entre productos importados procedentes de un Miembro y productos importados procedentes de otro Miembro (es decir, al trato de la nación más favorecida).¹¹⁰¹ En el contexto específico del párrafo 2 del artículo 2, el Órgano de Apelación ha indicado que una determinación de un grupo especial de que una medida modifica las condiciones de competencia de los productos importados, como grupo, frente a los productos nacionales, como grupo (por ejemplo, en el contexto de la evaluación de una alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC), bastaría para indicar que el reglamento técnico restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.¹¹⁰² Sin embargo, "las pruebas de los efectos reales en el comercio pueden también tener valor demostrativo" en la determinación de la restrictividad del comercio por un grupo especial y, aunque "la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia puede ser evidente respecto de determinadas medidas discriminatorias *de jure*, ... pueden requerirse pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio para demostrar la existencia y la amplitud de la restricción del comercio respecto de medidas internas *no discriminatorias*".¹¹⁰³

6.386. Por consiguiente, una demostración de una reducción de las oportunidades de competencia de los productos importados solo es pertinente para la evaluación de la restrictividad del comercio en la medida en que ponga de manifiesto un efecto limitativo en el comercio internacional. Por ejemplo, cuando se demuestre que una medida reduce las oportunidades de competencia de los *productos importados*, como grupo, procedentes de un Miembro¹¹⁰⁴, frente a los *productos nacionales* competidores, ello bastaría para que un grupo especial concluyera que la medida restringe realmente el comercio.¹¹⁰⁵ A nuestro juicio, la articulación del criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2 realizada por el Grupo Especial refleja este entendimiento.¹¹⁰⁶

6.387. Entendemos además que los apelantes tratan de importar un concepto nuevo y diferente de "oportunidades de competencia" y "condiciones de competencia" en la prueba de la restrictividad del comercio de una medida. Los apelantes parecen considerar que una demostración de una reducción de las oportunidades de competencia de algunos productos importados frente a todos los

comercio' se centr[e] en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477; y comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 491).

¹¹⁰⁰ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.101, 5.105 y 5.108; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 134; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 179 y nota 372 a dicho párrafo; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 270; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 214 y nota 457 a dicho párrafo; y *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

¹¹⁰¹ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.82, 5.84, 5.87-5.88 y 5.90.

¹¹⁰² Por ejemplo, en *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación hizo referencia a la constatación del Grupo Especial de que, "al imponer al ganado importado costos de segregación más altos", la medida sobre el EPO afecta negativamente a las condiciones de competencia del ganado importado frente al ganado nacional en el mercado estadounidense". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.574)). El Órgano de Apelación se apoyó en esa constatación para concluir que la medida examinada en esa diferencia tenía un "grado considerable de restricción del comercio". (*Ibid.*, párrafo 479). Por consiguiente, el Órgano de Apelación se ocupó de las oportunidades de competencia de los *productos importados frente a los productos nacionales similares*. Posteriormente, en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, el Órgano de Apelación también hizo referencia a las oportunidades de competencia de los *productos importados frente a los productos nacionales similares*. (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 y nota 643 a dicho párrafo (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477)).

¹¹⁰³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, nota 643 al párrafo 5.208 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafos 126-127). (sin resalte en el original)

¹¹⁰⁴ Tomamos nota de la constatación del Grupo Especial de que no es necesario evaluar la restrictividad del comercio "únicamente sobre la base del efecto de la medida en el comercio de todos los Miembros de la OMC, de todos los productos objeto del reglamento técnico". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1078. Véase también *ibid.*, párrafo 7.1088). Esta constatación no ha sido apelada.

¹¹⁰⁵ En consonancia con este entendimiento, el Órgano de Apelación, al referirse al párrafo 2 del artículo 2 como contexto para interpretar el párrafo 1 del artículo 2, dio a entender que las medidas discriminatorias podrían considerarse un obstáculo para el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 171).

¹¹⁰⁶ Véanse los párrafos 6.375-6.376 *supra*.

demás productos presentes en el mercado, incluidos *otros productos importados procedentes del mismo Miembro*, basta para demostrar la restrictividad del comercio. Ambos apelantes insisten en que la medida redujo las oportunidades de competencia para los productos importados, que eso bastaba para demostrar la restrictividad del comercio y que el hecho de que no se hubiera demostrado que las medidas TPP discriminen a los productos importados no es pertinente.¹¹⁰⁷ A su juicio, una reducción de las oportunidades de competencia de productos asociados con marcas individuales basta para demostrar la restrictividad del comercio.¹¹⁰⁸ Así pues, según el enfoque de los apelantes, no son las oportunidades de competencia de los productos importados como grupo, sino las oportunidades de competencia de cualquier producto importado frente a otros productos (incluidos otros productos importados procedentes del mismo Miembro), las que debe demostrarse que se ven afectadas para que un grupo especial constataste que una medida restringe el comercio .

6.388. Observamos que el Grupo Especial no abordó explícitamente este aspecto de los argumentos de los reclamantes como cuestión de interpretación. A nuestro entender, sin embargo, la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.1167 de su informe (que es objeto de apelación) pone de manifiesto la perspectiva interpretativa del Grupo Especial a este respecto. En concreto, el Grupo Especial declaró que "las medidas TPP limitan las oportunidades de que los productores diferencien sus productos", así como que, "al restringir las oportunidades de que las marcas se diferencien, las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan".¹¹⁰⁹ El Grupo Especial concluyó, sin embargo, que ello representaba tan solo una "modificación del entorno competitivo de todos los productos de tabaco en todo el mercado", que no constituía, "en sí misma, una restricción de las 'oportunidades de competencia' para los productos de tabaco importados".¹¹¹⁰ El Grupo Especial consideró que era "preciso demostrar *cómo* dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional".¹¹¹¹ Entendemos, por lo tanto, que el Grupo Especial distinguió entre una reducción de las oportunidades de competencia de los titulares de las marcas/los productores y una reducción de las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales.

¹¹⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 508-511; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1310-1315.

¹¹⁰⁸ Ambos apelantes consideran que el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que una reducción de la oportunidad de que los fabricantes diferenciaron sus productos sobre la base de las marcas era suficiente para demostrar la restrictividad del comercio. (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 476; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1286-1287). Honduras afirma que, "como el Grupo Especial había aceptado ... que las medidas TPP afectaban a las condiciones de competencia en el mercado australiano (por ejemplo al *reducir las oportunidades para diferenciar los productos*), ello debería haber zanjado la cuestión". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 520 (sin resalte en el original)). Honduras también afirma que "las medidas TPP tenían un evidente efecto limitativo en las oportunidades de competencia de los productos de tabaco importados, entre otros ... *El hecho de que ese efecto limitativo en el comercio se aplicara igualmente a todos los demás productos de tabaco en el mercado australiano no es pertinente para una determinación de la restrictividad del comercio*". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 511 (sin resalte en el original)). Como Honduras no considera que la discriminación sea pertinente para el análisis, la reducción de las oportunidades de competencia a la que Honduras se refiere parece consistir en cambios en las condiciones de competencia para (los productos de) productores individuales en el mercado. La República Dominicana explica que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que una evaluación de la competencia en el comercio internacional "debe centrarse en la capacidad de los productores de competir sobre la base de *precios* inferiores, en lugar de en otros factores, como la calidad, la reputación, etc.". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1294 (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)). La República Dominicana también afirma que "medidas como las medidas TPP -que erosionan de manera fundamental *las oportunidades que tienen los productores extranjeros de obtener consumidores leales* que estén dispuestos a pagar por sus productos preferidos- imponen una limitación comercialmente significativa a las oportunidades de competencia, que son la savia del comercio internacional". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1289 (sin resalte en el original)). También observamos que, ante el Grupo Especial, la República Dominicana dejó claro que las oportunidades de competencia pertinentes en cuestión son "las oportunidades de competencia para los *productores* de productos de tabaco". (Primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 1022 (sin resalte en el original)). La República Dominicana también afirmó que "las medidas [TPP] de Australia están diseñadas y estructuradas y se aplican para eliminar la oportunidad de que los *productores* diferencien sus productos". (Segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 933 (sin resalte en el original)).

¹¹⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

¹¹¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

¹¹¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168. (con resalte en el original)

El Grupo Especial entendió que esta última bastaría para demostrar la restrictividad del comercio, pero que la primera, por sí misma, sería insuficiente.

6.389. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el mero hecho de que se modifiquen las condiciones de competencia en un mercado no necesariamente bastaría para que un grupo especial llegara a una conclusión sobre el grado de restrictividad del comercio, de haberlo, de un determinado reglamento técnico. Recordamos que una determinación del grado de restrictividad del comercio requiere que el grupo especial evalúe el grado en que la medida causa un *efecto limitativo en el comercio internacional*. Tomamos nota de la constatación interpretativa del Grupo Especial de que, "cuando se examinan los efectos de un reglamento técnico (con inclusión de la cuestión de si un reglamento técnico tiene un efecto *limitativo* en el comercio), podrían tomarse en consideración ... 'los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros'".¹¹¹² Ninguno de los participantes ha apelado esta constatación y, en respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia, todos ellos estuvieron de acuerdo con esta constatación.¹¹¹³ A nuestro juicio, una modificación no discriminatoria de las condiciones de competencia en un mercado puede tener tanto efectos de aumento del comercio como efectos de reducción del comercio, por lo que cabe afirmar plausiblemente que podría tener un efecto neto *positivo* en el comercio entre los Miembros. En una situación en que una medida simplemente modifica las condiciones de competencia de productores individuales dentro de un mercado, y el grupo especial no puede prever la repercusión de la medida en las condiciones de competencia para los *productos importados, como grupo*, procedentes de un Miembro, no vemos cómo podría el grupo especial concluir que la medida tendrá necesariamente un efecto limitativo en el comercio internacional, ni, mucho menos, determinar el grado global de restrictividad del comercio de la medida en cuestión, que, a su vez, podría informar su evaluación de la cuestión de si hay una posible medida alternativa que es menos restrictiva del comercio que esa medida.¹¹¹⁴ Consideramos, por lo tanto, que el Grupo Especial no incurrió en error al considerar que una demostración de la reducción de las oportunidades de competencia de determinados productos importados frente a todos los demás productos presentes en el mercado (incluidos otros productos importados) no necesariamente bastaría para demostrar el grado de restrictividad del comercio de una medida.

6.390. También podría entenderse que los argumentos de los apelantes en relación con las condiciones de competencia y las oportunidades de competencia indican que, en una situación en que todos los productos importados sufren el mismo efecto perjudicial (por ejemplo, como se ha alegado en las presentes diferencias, la reducción de las oportunidades de diferenciar), esa "limitación general", que es igualmente aplicable a *todos* los productos en el mercado, bastaría para demostrar la restrictividad del comercio.¹¹¹⁵ Según este modo de entender sus argumentos, los argumentos simultáneos de los apelantes de que las "condiciones de competencia" en el mercado han sido alteradas y de que *todos* los productos han sufrido el mismo efecto perjudicial son engañosos, cuando no contradictorios. Los conceptos de condiciones de competencia conciernen

¹¹¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1088. (con resalte en el original)

¹¹¹³ Reconocemos que cabría interpretar que el hecho de que el Grupo Especial emplee la palabra "podrían" indica que los grupos especiales pueden decidir discrecionalmente si tomar en consideración los efectos de aumento de las importaciones al determinar la restrictividad del comercio de un reglamento técnico. Ello parecería implicar que distintos grupos especiales podrían tal vez aplicar criterios jurídicos diferentes al aplicar el párrafo 2 del artículo 2. A nuestro juicio, los grupos especiales no tienen libertad para aplicar arbitrariamente criterios jurídicos distintos en el marco de una misma disposición. Sin embargo, observamos que también cabría interpretar que la palabra "podrían" indica que un grupo especial debería tomar en consideración tanto los aspectos que aumentan el comercio como los aspectos que reducen el comercio de un reglamento técnico *cuando ambos efectos están presentes*. Ese parece ser el sentido atribuido por los participantes a la constatación del Grupo Especial sobre esta cuestión, y nosotros también consideramos que ese es el criterio apropiado en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Observamos que el propio Grupo Especial aplicó ese criterio al evaluar el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP en las presentes diferencias. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1235).

¹¹¹⁴ La cuestión esencial es si el grupo especial es capaz de determinar, o prever, el efecto limitativo de la medida en el comercio internacional.

¹¹¹⁵ Tomamos nota, por ejemplo, de la referencia de Honduras a una "limitación general de la oportunidad de competir" y de su declaración de que "el hecho de que ese efecto limitativo en el comercio se aplicaba igualmente a todos los productos de tabaco ... no es pertinente para una determinación de la restrictividad del comercio", así como de la declaración de la República Dominicana de que son "los productos de gama alta los que sufren la mayor pérdida de oportunidad de competencia", que simultáneamente da a entender que los productos de gama baja también sufren algún efecto perjudicial, pero que tal efecto perjudicial es menos grave para los productos de gama baja que para los de gama alta. (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 507 y 511; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1308).

necesariamente a la *competencia* entre bienes en el mercado, y no a un efecto perjudicial *genérico* aplicable en igual medida a todos los bienes en el mercado. En cualquier caso, la carga de demostrar la existencia de tal limitación general, así como su efecto limitativo en el comercio internacional, recae sobre el reclamante. Volvemos a ocuparnos de esta cuestión al abordar las alegaciones de los apelantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2.¹¹¹⁶

6.391. Recordamos que ambos apelantes consideran que el Grupo Especial incurrió en error al exigir de hecho que, en situaciones en que se impugna una medida no discriminatoria al amparo del párrafo 2 del artículo 2, es necesario que el reclamante presente pruebas de los efectos reales en el comercio para demostrar la restrictividad del comercio de la medida.¹¹¹⁷ El Grupo Especial constato que "[c]ómo haya que demostrar la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio con respecto a los reglamentos técnicos que no se alega que sean discriminatorios dependerá, como sucede con otros reglamentos técnicos, de las circunstancias de un caso determinado".¹¹¹⁸ El Grupo Especial explicó que una demostración de la restrictividad del comercio "podrá basarse en argumentos y pruebas que sean cualitativos o cuantitativos, o ambas cosas, incluidas pruebas relativas a las características de la medida impugnada puestas de manifiesto en su diseño y funcionamiento".¹¹¹⁹ A nuestro juicio, estas declaraciones del Grupo Especial son exactas en su descripción del criterio jurídico aplicable en el marco del párrafo 2 del artículo 2, articulado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*.¹¹²⁰ De hecho, hay poca discrepancia entre los participantes en que la manera de demostrar la restrictividad del comercio depende de las circunstancias de cada caso.¹¹²¹ Consideramos, por lo tanto, que el Grupo Especial *no* interpretó el párrafo 2 del artículo 2 de manera que exija siempre pruebas de "efectos reales en el comercio" para que un reclamante demuestre la restrictividad del comercio de una medida no discriminatoria.¹¹²² También volvemos a ocuparnos de esta cuestión al examinar si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 a las circunstancias concretas de las presentes diferencias.¹¹²³

¹¹¹⁶ Véase el párrafo 6.408 *infra*.

¹¹¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 514-527; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1247 y 1310-1316. Honduras también aduce que, "según el Grupo Especial, solo hay un 'efecto limitativo' o 'restricción' del comercio internacional cuando se impone una restricción en la frontera (es decir, en los casos en que limita *de jure* las oportunidades de competencia de los productos importados), o cuando una restricción afecta a los productos importados más que a los productos nacionales, o a ciertos productos importados más que otros (es decir, en los casos en que limita las oportunidades de competencia de manera discriminatoria)". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 507).

¹¹¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1075.

¹¹¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1076. El Grupo Especial también puso de relieve que "no siempre será posible cuantificar un factor determinado analizado con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, o cuantificarlo con precisión". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1076 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208)).

¹¹²⁰ En concreto, el Órgano de Apelación explicó que "*puede ser suficiente en las circunstancias particulares de un caso determinado*, la demostración de un efecto que limita las oportunidades de competencia en términos cualitativos". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477) (sin resalte en el original)). El Órgano de Apelación también declaró que:

Al mismo tiempo, las pruebas de los efectos reales en el comercio pueden también tener valor demostrativo al hacer esa evaluación. ... Por ejemplo, la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia puede ser evidente respecto de determinadas medidas discriminatorias *de jure*, mientras que *pueden requerirse pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio para demostrar la existencia y la amplitud de la restricción del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias que aborden un objetivo legítimo*.

(Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, nota 643 párrafo 5.208 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafos 126-127)) (sin resalte en el original)

¹¹²¹ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 496-497; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1288.

¹¹²² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 507; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1310. Tampoco estamos de acuerdo con Honduras en que el Grupo Especial considerara que un efecto limitativo en el comercio internacional solo puede consistir en una restricción impuesta en la frontera o en una medida discriminatoria. (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 507).

¹¹²³ Véase el párrafo 6.409 *infra*.

6.392. Observamos además que podría interpretarse que determinadas declaraciones de Honduras dan a entender que *no* hay ninguna circunstancia en la que sean necesarias pruebas distintas del diseño y estructura de una medida para que un reclamante demuestre la restrictividad del comercio de la medida en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.¹¹²⁴ No estamos de acuerdo. En ciertas circunstancias, el diseño y la estructura de una medida pueden ser insuficientes para que un grupo especial prevea si, y en qué grado, la medida tendrá un efecto limitativo en el comercio internacional.¹¹²⁵ Si un grupo especial no puede prever si, y en qué grado, una medida restringe el comercio exclusivamente sobre la base de su examen del diseño y la estructura de la medida (por ejemplo, porque el diseño y la estructura de la medida llevan al grupo especial a concluir que esta podría tener tanto efectos de aumento del comercio como efectos de reducción del comercio), entonces el grupo especial *ha* de tener en cuenta las pruebas y argumentos adicionales aducidos por las partes.¹¹²⁶ Entre tales pruebas adicionales podrían incluirse pruebas de los efectos reales en el comercio o pruebas de naturaleza cualitativa o cuantitativa que puedan informar la determinación por el grupo especial de los efectos previstos de la medida.

6.393. En cualquier caso, un grupo especial no tiene obligación alguna de poner fin a su análisis de la restrictividad del comercio de una medida después de haber examinado solo un subconjunto de las pruebas (por ejemplo, el diseño y la estructura de la medida o, de manera más general, las pruebas relacionadas con los efectos previstos de la medida). De hecho, es apropiado que los grupos especiales tengan en cuenta todas las pruebas pertinentes aducidas por las partes antes de llegar a una conclusión sobre el grado de restrictividad del comercio. Por ejemplo, en *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación consideró que el examen de los efectos reales en el comercio realizado por el Grupo Especial era pertinente para la determinación del grado de restrictividad del comercio, no obstante el hecho de que el diseño y la estructura de la medida ponían de manifiesto que esta restringía el comercio.¹¹²⁷ En síntesis, un grupo especial no tiene obligación de excluir prueba alguna al evaluar la restrictividad del comercio de la medida, y un examen de pruebas disponibles adicionales (tales como pruebas de los efectos reales en el comercio) puede ser necesario para que el grupo especial determine la restrictividad del comercio de la medida.

6.394. Sobre la base de lo que antecede, concluimos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.1.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2

6.1.3.2.1 Panorama general

6.395. Para determinar el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP, el Grupo Especial empezó abordando el argumento de los reclamantes de que las medidas TPP restringían el comercio basado en que resultaba "evidente del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas que limitan drásticamente las oportunidades de competencia para diferenciar los productos

¹¹²⁴ Según Honduras, "no hay nada en el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*) que indique que una demostración de los efectos reales en el comercio sea alguna vez necesaria". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 523). Honduras afirma, también con referencia a las constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), que "en ningún lugar de la nota 643 ... el Órgano de Apelación afirmó que los efectos reales en el comercio sean 'necesarios', 'requeridos' o 'decisivos' para determinar la restrictividad del comercio de un reglamento técnico". (*Ibid.*, párrafo 497). A juicio de Honduras, "la jurisprudencia establecida de la OMC subraya que no es necesario que una demostración de la existencia de un 'efecto limitativo' se base en pruebas cuantitativas, sino que puede ser suficiente que se base en pruebas cualitativas, como el diseño y la arquitectura de la medida". (*Ibid.*, párrafo 494 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Indonesia - Regímenes de licencias de importación*, párrafo 7.50). Por su parte, y no obstante el hecho de que incorpora por referencia las alegaciones y argumentos de Honduras, la República Dominicana considera que "el Grupo Especial señaló correctamente que en ocasiones *pueden* ser necesarias pruebas de los efectos reales en el comercio para demostrar una limitación de las oportunidades de competencia". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1288 (con resalte en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

¹¹²⁵ Esto es exactamente lo que el Órgano de Apelación declaró en *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*). (Véase la nota 1120 al párrafo 6.391 *supra*).

¹¹²⁶ El hecho de que el grupo especial no lo haga no solo perjudicaría al reclamante, en lugar de al demandado, sino que sería incompatible con el deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido que el artículo 11 del ESD le impone.

¹¹²⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477.

de tabaco".¹¹²⁸ El Grupo Especial coincidió con los reclamantes en que las medidas TPP limitarían las oportunidades de que los productores diferenciaron sus productos. Sin embargo, consideró que no estaba claro cómo esa modificación de las condiciones de competencia en la totalidad del mercado de productos de tabaco equivalía a un efecto limitativo en el comercio internacional. También observó que esa alteración del entorno competitivo podría, de hecho, aumentar la competencia en el mercado.¹¹²⁹ En opinión del Grupo Especial, era preciso demostrar cómo esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado equivalen a un efecto limitativo en el comercio internacional.¹¹³⁰

6.396. El Grupo Especial continuó su análisis abordando por separado los argumentos de los reclamantes relativos a: i) los efectos de las medidas TPP en los obstáculos a la entrada en el mercado australiano¹¹³¹; ii) los efectos de las medidas TPP en el volumen y el valor del comercio de productos de tabaco¹¹³²; iii) los costos de cumplimiento derivados de las medidas TPP¹¹³³; y iv) las sanciones previstas en las medidas TPP.¹¹³⁴

6.397. Por lo que respecta al argumento de que las medidas TPP *crean obstáculos a la entrada* en el mercado australiano, los reclamantes habían aducido que el "efecto en la comunicación" del empaquetado genérico (por el cual "se hace considerablemente más difícil para los posibles nuevos participantes introducirse con éxito sin la posibilidad de dar a conocer las marcas") y el "efecto competitivo" (por el cual "los productores tienen que reducir los precios para hacer frente a la menor disposición de los consumidores a pagar") aumentan los obstáculos a la entrada.¹¹³⁵ El Grupo Especial rechazó esos argumentos, señalando que, además de los efectos de las medidas TPP en la comunicación y en la competencia, hay también un "efecto en la apertura de los mercados" que tendrá un efecto positivo en la entrada en el mercado.¹¹³⁶ El Grupo Especial consideró que había "un grado de incertidumbre considerable sobre la fuerza y el peso relativo de cada uno de los tres efectos en la entrada", y no estaba convencido de que "las medidas TPP hayan creado o vayan a crear obstáculos significativos a la entrada en el mercado australiano".¹¹³⁷ El Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP tuvieran "una repercusión desfavorable en las oportunidades de que los productos importados accedan al mercado australiano de productos de tabaco y compitan en él".¹¹³⁸

6.398. El Grupo Especial procedió a examinar la repercusión de las medidas TPP en *el volumen y el valor* del comercio de productos de tabaco. En lo concerniente al *volumen* del comercio, constató que las medidas TPP daban lugar a una reducción del volumen de las importaciones de productos de tabaco premium, tanto en términos absolutos como relativos.¹¹³⁹ El Grupo Especial no consideró que la disminución del consumo y las importaciones de productos de tabaco premium fuera exclusivamente el resultado del "cambio a productos de menor precio".¹¹⁴⁰ Rechazó el argumento de que la disminución de la demanda de productos de tabaco importados, en y por sí misma, equivale

¹¹²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1164 (donde se cita la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 233).

¹¹²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

¹¹³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168.

¹¹³¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1172-7.1187.

¹¹³² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1188-7.1225.

¹¹³³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1226-7.1246.

¹¹³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1247-7.1254.

¹¹³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1173. Indonesia también adujo que las medidas TPP hacen "más difícil para los productos importados establecer una identidad para los consumidores que ya están familiarizados con las marcas nacionales". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1175).

¹¹³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1179.

¹¹³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1183.

¹¹³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1187.

¹¹³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196.

¹¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1197-7.1198. En cuanto a la cuestión de si las medidas TPP habían causado un "cambio a productos de menor precio", de modo que los "consumidores compren una marca más barata que la que compraban antes de la introducción de las medidas TPP", el Grupo Especial concluyó que la "reducción de la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio observada desde que las medidas TPP entraron en vigor [es] el resultado, al menos en parte, del funcionamiento previsto de dichas medidas y su efecto en el consumo de productos de tabaco en términos más generales". (*Ibid.*, párrafos 7.1109 y 7.1196). El Grupo Especial también definió el cambio a productos de menor precio como lo que sucede "[c]uando los consumidores cambian de marcas más caras a marcas más baratas por su mayor predisposición a cambiar de marca y su menor predisposición a pagar". (*Ibid.*, párrafo 7.1123 (donde se hace referencia a la respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial)).

a un efecto limitativo en el comercio.¹¹⁴¹ Consideró que, "para demostrar que las medidas TPP restringen el comercio, no bastaría con una demostración de los supuestos efectos de las medidas TPP en la *demanda*. En cambio, sería necesario demostrar que existen ... efectos ... en el *consumo*".¹¹⁴² El Grupo Especial constató, sin embargo, que las medidas TPP habían contribuido efectivamente a reducir el consumo de cigarrillos¹¹⁴³, señaló que "el mercado australiano, de hecho, se abastece por completo mediante productos de tabaco importados"¹¹⁴⁴, y concluyó que, "al reducir el uso de productos de tabaco, [las medidas TPP] reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, tienen un 'efecto limitativo' en el comercio".¹¹⁴⁵

6.399. A continuación, el Grupo Especial abordó los argumentos de las partes relativos al *valor* del comercio de productos de tabaco, a saber, que la "reducción de las posibilidades de diferenciación de marcas que causan las medidas TPP dará lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones".¹¹⁴⁶ Constató que las "pruebas indican que las medidas han dado lugar a un aumento del precio de los cigarrillos que ha neutralizado con creces la disminución de la cantidad de cigarrillos consumidos y ha contribuido con ello a aumentar el valor del mercado".¹¹⁴⁷ El Grupo Especial rechazó el argumento de la República Dominicana de que las medidas TPP ya habían dado lugar al cambio de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio (y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio), sobre la base de que "las marcas de los segmentos de mayor precio por lo general mantuvieron o incrementaron sus sobrepresios frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada".¹¹⁴⁸ También examinó la cuestión de si los precios "disminuirán en última instancia" con el tiempo.¹¹⁴⁹ El Grupo Especial señaló las dificultades de prever "la evolución de las interacciones competitivas", pero destacó que los precios de los cigarrillos han aumentado desde la introducción de las medidas TPP, y que las marcas de los segmentos del mercado de precios más altos han mantenido o aumentado sus sobrepresios frente a las marcas de menor precio, lo que indica que la competencia de precios no ha aumentado.¹¹⁵⁰ Consideró, sin embargo, que las pruebas no le permitían "excluir la posibilidad de que las medidas TPP hayan reforzado la competencia de precios, algo que no parece irrazonable, ni que ... puedan reforzarla en el futuro".¹¹⁵¹ El Grupo Especial concluyó por tanto que, "si bien los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP hayan reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro, ya sea como consecuencia del efecto de las medidas en el consumo únicamente o como consecuencia de ese efecto combinado con una caída de los precios".¹¹⁵²

6.400. Por lo que respecta al argumento de que las medidas TPP restringen el comercio porque conllevan *costos* de cumplimiento, el Grupo Especial consideró que, aunque quizá algunos costos de cumplimiento sean de tal magnitud o naturaleza que restrinjan el comercio, los reglamentos técnicos también podrían crear un entorno normativo en el cual "*disminuyan* los costos de operación, *aumentando* con ello las oportunidades de competencia y *facilitando* el comercio".¹¹⁵³ Estimó que los reclamantes habían hecho poco por justificar sus afirmaciones generales concernientes a los costos de cumplimiento de las medidas TPP.¹¹⁵⁴ En general, el Grupo Especial consideró que los reclamantes no habían identificado de qué forma los costos de cumplimiento de las medidas TPP son de tal naturaleza o magnitud que tienen un efecto limitativo en el comercio.¹¹⁵⁵

6.401. Por último, en lo referente al argumento de que "una propia sanción puede funcionar como una restricción del comercio internacional" y de que, en el presente caso, las sanciones impuestas

¹¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1199.-7.1201.

¹¹⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1201. (sin resalte en el original)

¹¹⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1205.

¹¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1207.

¹¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1208. Véase también *ibid.*, párrafo 7.1219.

¹¹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1209.

¹¹⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1218.

¹¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹¹⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1222.

¹¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1224.

¹¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1224.

¹¹⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1225.

¹¹⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1235. (con resalte en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

¹¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1241-7.1246.

¹¹⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1242.

por las medidas TPP restringen el comercio¹¹⁵⁶, el Grupo Especial no excluyó la posibilidad de "que un reglamento técnico que impone sanciones gravosas a la importación pueda, en las circunstancias de un caso determinado, tener un efecto limitativo en el comercio y, en consecuencia, 'restringir[] el comercio' en el sentido del párrafo 2 del artículo 2".¹¹⁵⁷ Sin embargo, en las circunstancias de este caso, el Grupo Especial no consideró que "la imposición de sanciones para asegurar el cumplimiento de las prescripciones de las medidas TPP dé lugar, en sí misma, a un efecto limitativo 'adicional' en las importaciones, más allá del que produciría el pleno cumplimiento de las propias prescripciones TPP".¹¹⁵⁸

6.402. En general, el Grupo Especial concluyó que las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano, y en consecuencia tienen un "efecto limitativo" en el comercio.¹¹⁵⁹ Consideró plausible que las medidas pudieran, con el tiempo, afectar al valor general de las importaciones de tabaco, pero no consideró que las pruebas demostraran que eso hubiera ocurrido hasta la fecha.¹¹⁶⁰ El Grupo Especial concluyó además que los reclamantes no habían demostrado que "las medidas TPP impongan condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia o costos de cumplimiento de tal magnitud que equivaldrían a un efecto limitativo en el comercio".¹¹⁶¹

6.403. En apelación, ambos apelantes alegan que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al no constatar que la reducción de las oportunidades de diferenciar los productos sobre la base de las marcas bastaba para demostrar la restrictividad del comercio de las medidas TPP.¹¹⁶² Los apelantes también alegan que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al determinar el efecto de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados.¹¹⁶³ Pasamos a abordar sucesivamente cada conjunto de argumentos.

6.1.3.2.2 La reducción de las oportunidades de que los productos se diferencien sobre la base de las marcas

6.404. Los apelantes aducen que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que, aunque las medidas TPP reducían las oportunidades de que los productos se diferencien sobre la base de las marcas, ello no demostraba la restrictividad del comercio de las medidas TPP.¹¹⁶⁴ Ambos apelantes estiman que el Grupo Especial constató que la reducción de las oportunidades de diferenciar los productos sobre la base de las marcas no demostraba restrictividad del comercio porque no se había probado que las medidas TPP discriminaran contra los productos importados.¹¹⁶⁵ En su opinión, esto constituye una aplicación incorrecta del párrafo 2 del artículo 2 y, en lugar de ello, la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP reducían las oportunidades de que los productos compitieran sobre la base de las marcas debería haber bastado para que el Grupo Especial determinara la restrictividad del comercio de las medidas TPP.¹¹⁶⁶ Ambos apelantes estiman asimismo que el Grupo Especial exigió incorrectamente a los reclamantes que presentaran pruebas de los "efectos reales en el comercio"

¹¹⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1247-7.1254.

¹¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1248.

¹¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1254. El Grupo Especial no estaba por tanto convencido de que "la existencia de esas sanciones, o su nivel, d[é] lugar a un grado de restrictividad del comercio mayor que el derivado del cumplimiento de las prescripciones pertinentes de las medidas TPP". (*Ibid.*).

¹¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

¹¹⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

¹¹⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

¹¹⁶² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 511 y 517-518; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1290 y 1308-1309.

¹¹⁶³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1317-1338; y respuestas de Honduras y la República Dominicana a preguntas formuladas en la primera audiencia. Ninguno de los apelantes ha impugnado las constataciones del Grupo Especial relativas a los obstáculos a la entrada en el mercado de tabaco australiano, los costos de cumplimiento, o las sanciones.

¹¹⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 511 y 517-518; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1290 y 1308-1309.

¹¹⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 507-513; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1310-1316.

¹¹⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 476 y 485-486; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1308 y 1315.

a fin de determinar que las medidas TPP restringen el comercio.¹¹⁶⁷ Además, la República Dominicana aduce que la razón de que el Grupo Especial rechazara el argumento de los reclamantes basado en el diseño y la estructura de las medidas TPP (a saber, que la reducción de las oportunidades de diferenciar "puede en principio *aumentar* la competencia en el mercado"¹¹⁶⁸) "implica erróneamente que una evaluación de la 'competencia' y de las 'oportunidades de competencia' en el comercio internacional debería centrarse en la posibilidad de que los productores compitan sobre la base de *precios* más bajos, y no de otros factores, como la calidad, la reputación, etc."¹¹⁶⁹

6.405. Australia sostiene que, en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2, el Grupo Especial "ni requirió que las medidas TPP fueran discriminatorias, ni aplicó una norma probatoria 'más estricta' de los efectos reales en el comercio para medidas no discriminatorias".¹¹⁷⁰ Australia considera que, si el Grupo Especial hubiera impuesto un "requisito de discriminación" en el marco del párrafo 2 del artículo 2, "habría concluido que la ausencia de cualquier discriminación entre los productos de tabaco importados y los nacionales en virtud de las medidas TPP era determinante de la 'restrictividad del comercio'".¹¹⁷¹ Sin embargo, en opinión de Australia, el Grupo Especial no hizo tal cosa, sino que examinó "las tres bases distintas sobre las cuales los reclamantes aducían que las medidas TPP restringían el comercio".¹¹⁷² Australia argumenta además que el Grupo Especial no exigió pruebas de los "efectos reales en el comercio" sino que examinó las pruebas cualitativas en sus propios términos y concluyó que esas pruebas no eran suficientemente convincentes.¹¹⁷³

6.406. Recordamos que el criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2 exige que un grupo especial determine la medida en que un reglamento técnico tiene un efecto limitativo en el comercio internacional. Cuando una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado, un grupo especial debe estar convencido de que esa modificación tendrá un efecto limitativo en el comercio para concluir que la medida restringe el comercio. Ese efecto limitativo en el comercio puede ser evidente en casos de medidas discriminatorias *de jure*. Sin embargo, una modificación no discriminatoria de las condiciones de competencia en un mercado puede tener efectos tanto de aumento como de reducción del comercio, de manera que un grupo especial no necesariamente podría prever si la medida tendrá un efecto limitativo en el comercio sobre la base exclusivamente de su diseño y estructura. Si el examen por un grupo especial de un subconjunto de las pruebas (como el diseño y la estructura de la medida) no le permite determinar si la medida tendrá un efecto limitativo en el comercio, el grupo especial debe proceder a analizar todos los argumentos y pruebas adicionales. En cualquier caso, aun cuando un grupo especial examine un subconjunto de las pruebas (como el diseño y la estructura de la medida) suficiente para determinar la restrictividad del comercio de la medida, nada le impide analizar argumentos y pruebas adicionales a efectos de definir el grado de restrictividad del comercio.¹¹⁷⁴

6.407. En las presentes diferencias, el Grupo Especial consideró que no podía determinar, exclusivamente sobre la base de su examen del diseño y la estructura de las medidas TPP, si estas medidas restringen el comercio. El Grupo Especial coincidió con los reclamantes en que "las medidas TPP limitan las oportunidades de que los productores diferencien sus productos" y en que, "al restringir las oportunidades de que las marcas se diferencien, las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de esa diferenciación de marcas".¹¹⁷⁵ El Grupo Especial manifestó, sin embargo, que no estaba convencido de que "esta modificación del entorno competitivo de todos los productos de tabaco en todo el mercado (que puede en principio *aumentar* la competencia en el mercado) constituya, en sí misma, una restricción de las 'oportunidades de competencia' para los productos de tabaco importados que deba suponerse tiene un 'efecto limitativo' en el comercio internacional".¹¹⁷⁶

¹¹⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 514-527; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1247 y 1312-1315.

¹¹⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167 (con resalte en el original).

¹¹⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1294 (con resalte en el original). Véase también *ibid.*, párrafos 1290-1309.

¹¹⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 305.

¹¹⁷¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 310.

¹¹⁷² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 310.

¹¹⁷³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 321-330.

¹¹⁷⁴ Véase el párrafo 6.393 *supra*.

¹¹⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

¹¹⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167. (no se reproduce la nota de pie de página)

6.408. Observamos que, para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial destacó que la diferenciación de marcas es valiosa en el comercio internacional porque "genera fidelidad en los consumidores y aumenta su disposición a pagar".¹¹⁷⁷ Ello indica que la repercusión de la reducción de las oportunidades de diferenciar será distinta para los diferentes productores en función del grado específico de fidelidad de los clientes asociada a las marcas de los distintos productores.¹¹⁷⁸ Por tanto, aunque la reducción de las oportunidades de diferenciar podría perjudicar a las oportunidades de competencia de algunos productos, necesariamente parecería mejorar las oportunidades de competencia de otros productos competidores. Estas constataciones del Grupo Especial indican que, en tanto en cuanto las oportunidades de competencia de algunos productos importados puedan verse desfavorablemente afectadas por la reducción de las oportunidades de diferenciar mediante las marcas, las oportunidades de competencia de otros productos importados (incluidos otros productos importados del mismo Miembro) que compitan con tales productos resultarían simultáneamente beneficiadas.¹¹⁷⁹ Por consiguiente, no consideramos que, en apelación, los apelantes hayan demostrado que el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que la reducción de las oportunidades de diferenciar los distintos productos causada por las medidas TPP equivale necesariamente a un efecto limitativo del comercio internacional.

6.409. Habiendo confirmado la determinación del Grupo Especial de que no podía llegar a una conclusión sobre el grado de restrictividad del comercio sobre la base de su examen del diseño y la estructura de las medidas TPP, también discrepamos de los apelantes en que el Grupo Especial exigiera pruebas de los "efectos reales en el comercio" o aplicara una "carga probatoria más rigurosa" sobre la base de que no se había demostrado que las medidas TPP fueran discriminatorias.¹¹⁸⁰ No hay ninguna indicación de que las conclusiones formuladas por el Grupo Especial con respecto a la diferenciación de marcas se basaran exclusivamente en el hecho de que las medidas TPP no eran discriminatorias. Por el contrario, el Grupo Especial rechazó el argumento de que la reducción de las oportunidades de diferenciar mediante las marcas demostraba restrictividad del comercio sobre la base de que este hecho por sí solo era insuficiente para que previera si el efecto neto de las medidas TPP sería de restricción del comercio.¹¹⁸¹ Por esta razón, el Grupo Especial procedió a examinar las pruebas y argumentos adicionales presentados por las partes. Además, el Grupo Especial no exigió que esas pruebas o argumentos adicionales adoptaran la forma de "efectos reales en el comercio" (por lo cual entendemos que las partes se refieren a pruebas de los efectos "reales" hasta la fecha, en contraposición a pruebas de un efecto "previsto" en el futuro). Por el contrario, habiendo rechazado los argumentos de las partes basados exclusivamente en el diseño y la estructura de la medida, el Grupo Especial examinó todas las pruebas relativas a los efectos reales hasta la fecha, así como las pruebas que informaban el

¹¹⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

¹¹⁷⁸ Observamos que, aunque cabría interpretar que algunos aspectos de los argumentos de los apelantes se centran en la repercusión perjudicial de la medida en los *productores*, el Grupo Especial constató efectivamente que las medidas TPP afectan a los *productos* de los productores, cuando declaró que "las medidas TPP limitan las oportunidades de que los productores diferencien sus *productos*". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167 (sin resalte en el original)).

¹¹⁷⁹ De hecho, este efecto de la medida precisamente fue aseverado por los reclamantes en el contexto de sus argumentos sobre el cambio a productos de menor precio. Honduras, por ejemplo, adujo que las medidas TPP "causa[ron] un efecto de sustitución a la baja, en razón del cual 'los consumidores compran relativamente menos productos de mayor calidad y mayor precio, y en su lugar compran relativamente más productos de menor calidad y menor precio'". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1189 (donde se cita la primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafos 372-379)). (Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1190-7.1192 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 978; a la segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 938; a la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 117, 125-126 y 151 del Grupo Especial; a las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial; a las observaciones de Cuba sobre la respuesta de Australia a la pregunta 165 del Grupo Especial, párrafo 26; a la primera comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafos 397-399; a la segunda comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 270; y a la respuesta de Indonesia a las preguntas 117 y 165 del Grupo Especial)).

¹¹⁸⁰ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 490; y la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1310.

¹¹⁸¹ Concretamente, el Grupo Especial manifestó que la limitación de "las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de esa diferenciación de marcas" equivalía a una "modificación del entorno de competencia para todos los productos de tabaco en la totalidad del mercado". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167 (no se reproduce la nota de pie de página)). El Grupo Especial no estaba convencido de que esa modificación del entorno competitivo en el mercado "constituya, en sí misma, una restricción de las 'oportunidades de competencia' para los productos de tabaco importados que deba suponerse tiene un 'efecto limitativo' en el comercio internacional". (*Ibid.*).

funcionamiento previsto de la medida (es decir, los efectos previstos de la medida).¹¹⁸² Entre ellas figuraban pruebas tanto cuantitativas como cualitativas sobre la repercusión prevista de las medidas.¹¹⁸³ Por consiguiente, el Grupo Especial no exigió pruebas de los efectos reales en el comercio ni aplicó a medidas no discriminatorias un criterio jurídico diferente del aplicable a medidas discriminatorias. Antes bien, el Grupo Especial trató acertadamente de determinar el grado del efecto limitativo que tienen las medidas TPP en el comercio internacional.

6.410. Por último, observamos que la República Dominicana considera que el razonamiento del Grupo Especial "se centró en la posibilidad de que los productores compitieran sobre la base de *precios más bajos*, y no de otros factores, como la calidad, la reputación, etc.". ¹¹⁸⁴ Entendemos que este aspecto de los argumentos de la República Dominicana se centra en el paréntesis introducido por el Grupo Especial al rechazar el argumento de los reclamantes relativo a la diferenciación de marcas, en el que manifestaba que no estaba convencido de que la "modificación del entorno competitivo de todos los productos de tabaco en todo el mercado (que puede en principio *augmentar la competencia en el mercado*) constituya, en sí misma, una restricción de las 'oportunidades de competencia' para los productos de tabaco importados que deba suponerse tiene un 'efecto limitativo' en el comercio internacional". ¹¹⁸⁵ A nuestro juicio, la referencia entre paréntesis del Grupo Especial a la posibilidad de que las medidas TPP aumenten la competencia en el mercado simplemente refleja la opinión del Grupo Especial de que su examen de únicamente el diseño y la estructura de las medidas TPP era insuficiente para que previera el efecto de la medida en el comercio internacional. Ni la República Dominicana ni Honduras han explicado, en apelación, cómo el hecho de que se redujera la diferenciación de marcas era suficiente para que el Grupo Especial hubiera previsto el efecto de la medida en el comercio. Por consiguiente, no consideramos que los apelantes hayan demostrado que el Grupo Especial no aplicó correctamente el párrafo 2 del artículo 2 al elaborar su conclusión de que la reducción de las oportunidades de diferenciar era insuficiente para que determinara el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP.

6.411. En resumen, no vemos ninguna razón para cuestionar la conclusión del Grupo Especial de que no podía prever, únicamente sobre la base del diseño y la estructura de las medidas, si la reducción prevista de las oportunidades de diferenciar tendría una repercusión negativa general en el comercio, como alegaban los reclamantes. Por consiguiente, rechazamos el argumento de los apelantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al concluir que no podía prever la repercusión de las medidas TPP en el comercio basándose exclusivamente en el hecho de que dichas medidas reducen las oportunidades de que los productores diferencien sus productos sobre la base de las marcas.

6.1.3.2.3 El efecto de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados

6.412. Los apelantes aducen que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2, en su evaluación de la repercusión de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados. Muchos de los argumentos planteados por los apelantes a este respecto guardan

¹¹⁸² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1172-7.1254. Véanse también los párrafos 6.397-6.401 *supra*.

¹¹⁸³ En nuestra opinión, los argumentos de los reclamantes relativos a los supuestos obstáculos a la entrada, el efecto previsto de las medidas TPP en el valor de los productos importados, y los costos de cumplimiento y las sanciones asociados a las medidas TPP guardan todos ellos relación con los efectos previstos de dichas medidas. Señalamos el argumento de Honduras de que el Grupo Especial desestimó algunas de las pruebas cualitativas sobre la base de que no estaban respaldadas por "pruebas que demostraran los efectos reales de las medidas TPP". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 519 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1181)). Un examen de las constataciones del Grupo Especial revela que la preocupación de Honduras se refiere a un único aspecto de las pruebas cualitativas presentadas por los reclamantes y atañe a la conclusión del Grupo Especial de que simplemente esas pruebas cualitativas no eran concluyentes a la luz de las pruebas empíricas contradictorias. En resumen, Honduras parece considerar que, al llegar a la conclusión de que las pruebas cualitativas presentadas por los reclamantes no eran convincentes, el Grupo Especial aplicó incorrectamente de algún modo el criterio jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2. No alcanzamos a ver cómo la determinación hecha por el Grupo Especial del carácter convincente de determinadas pruebas frente a las pruebas contradictorias implica que el Grupo Especial de algún modo aplicó incorrectamente el criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2.

¹¹⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1294. (con resalte en el original)

¹¹⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página; sin subrayar en el original)

relación con las constataciones del Grupo Especial sobre el denominado "cambio a productos de menor precio". El concepto de "cambio a productos de menor precio" se refiere a "[l]a sustitución a la baja de marcas de mayor precio por marcas de menor precio"¹¹⁸⁶ y, en el contexto de las medidas TPP, el cambio a productos de menor precio causado por dichas medidas alude al hecho de que los "consumidores compren una marca más barata que la que compraban antes de la introducción de las medidas TPP".¹¹⁸⁷ También observamos que, en su comunicación del apelante, la República Dominicana hace referencia a la medida en que el cambio de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y las de cigarrillos de gama baja fue "causado" por el cambio a productos de menor precio.¹¹⁸⁸ Puesto que el cambio a productos de menor precio, según la definición dada por el Grupo Especial, es el cambio no atribuible de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y las de cigarrillos de gama baja, entendemos que la utilización por la República Dominicana de la expresión "cambio a productos de menor precio" se refiere específicamente al cambio que es atribuible a las medidas TPP. Para simplificar, empleamos la expresión "cambio a productos de menor precio" para referirnos genéricamente al fenómeno del paso de los consumidores de cigarrillos de gama alta a cigarrillos de gama baja, sin atribuir ese efecto de cambio a productos de menor precio específicamente a las medidas TPP. Cuando nos referimos a que ese efecto de cambio a productos de menor precio ha sido causado por las medidas TPP, lo hacemos de manera explícita.

6.413. Observamos que las constataciones del Grupo Especial relativas a la repercusión de las medidas TPP en el valor figuran en la subsección de su informe titulada "La cuestión de si las medidas TPP tienen un efecto limitativo en el volumen y el valor del comercio de productos de tabaco". En la primera audiencia, los participantes examinaron extensamente el modo correcto de entender la estructura y el contenido de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en esa subsección. Señalamos, en particular, la opinión de la República Dominicana de que el análisis realizado por el Grupo Especial constaba de cuatro partes: i) "cambio a productos de menor precio" en los párrafos 7.1189-7.1198; ii) "demanda" en los párrafos 7.1199-7.1201; iii) "volumen" en los párrafos 7.1202-7.1208; y iv) "competencia de precios" en los párrafos 7.1209-7.1225. Por las razones expuestas *infra*, consideramos que el texto claro del informe del Grupo Especial indica que el análisis que este hizo de la repercusión de las medidas TPP en el volumen y el valor constaba, de hecho, de tres partes: i) la cuestión de si las medidas TPP causaron un cambio a productos de menor precio; ii) la repercusión de las medidas TPP en el volumen de productos de tabaco importados; y iii) la repercusión de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados.

6.414. Ante el Grupo Especial, los reclamantes presentaron varios argumentos diferentes sobre la repercusión de las medidas TPP en el volumen y el valor de los productos de tabaco importados. Algunos de esos argumentos se basaban en la idea de que las medidas TPP habían causado un cambio a productos de menor precio. Para abordar dichos argumentos, el Grupo Especial evaluó primero las pruebas econométricas de las partes relativas a *la cuestión de si las medidas TPP habían causado un cambio a productos de menor precio* en el mercado australiano de cigarrillos. Las constataciones del Grupo Especial a este respecto figuran en el apéndice E de su informe. El Grupo Especial concluyó que las medidas TPP habían contribuido al cambio de la proporción entre las ventas de cigarrillos de precio más alto y las de cigarrillos de precio bajo.¹¹⁸⁹ Indicó además que "no est[aba] claro hasta qué punto esta reducción de la razón de cantidades atribuible a las medidas TPP representa tan solo una sustitución a la baja" y que "al menos una parte de la reducción de la razón de cantidades obedece a la reducción global del volumen total de ventas al por mayor" atribuible a las medidas TPP.¹¹⁹⁰ En otras palabras, el Grupo Especial concluyó que las medidas TPP habían

¹¹⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1109.

¹¹⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1109 (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a las preguntas 117, 125-126 y 151 del Grupo Especial). Subsidiariamente, "[c]uando los consumidores cambian de marcas más caras a marcas más baratas por su mayor predisposición a cambiar de marca y su menor predisposición a pagar, tiene lugar el cambio a productos de menor precio". (*Ibid.*, párrafo 7.1123 (donde se hace referencia a la respuesta de Indonesia a la pregunta 117 del Grupo Especial)).

¹¹⁸⁸ Véase, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1323 y 1329.

¹¹⁸⁹ Esto queda recogido en las declaraciones del Grupo Especial de que "las medidas TPP ... parecen haber tenido un efecto negativo en la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio", y de que "ciertos datos econométricos indican que las medidas TPP contribuyeron a reducir la razón de las ventas al por mayor de cigarrillos de precio alto frente a los de precio bajo". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196 (no se reproduce la nota de pie de página); *ibid.*, apéndice E, párrafo 56.c).

¹¹⁹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 56.c. Véase también *ibid.*, apéndice E, párrafo 55.

contribuido a un cambio de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y las de cigarrillos de gama baja, y constató que los mecanismos mediante los cuales las medidas TPP habían contribuido a ese cambio eran tanto la sustitución a la baja (es decir, el cambio a productos de menor precio) como un descenso general de las ventas de productos de tabaco.¹¹⁹¹

6.415. En el cuerpo principal de su informe, el Grupo Especial abordó los argumentos de los reclamantes de que las medidas TPP restringen el comercio al reducir el *volumen* y el *valor* de los productos de tabaco importados. Los argumentos de los reclamantes incluían, entre otros, que el cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP: i) había dado lugar a un descenso del volumen de ventas de productos de tabaco premium en Australia¹¹⁹²; y ii) había dado lugar, o daría lugar, a una disminución del valor global de las ventas de productos de tabaco en Australia.¹¹⁹³ En nuestra opinión, el Grupo Especial no evaluó conjuntamente los aspectos relativos al "volumen" y el "valor" de los argumentos de los reclamantes sobre el cambio a productos de menor precio, sino que los evaluó por separado. Concretamente, entendemos que el Grupo Especial realizó su análisis examinando primero todos los argumentos sobre la repercusión de las medidas TPP en el volumen de productos de tabaco importados y pasando luego a abordar la repercusión de dichas medidas en el valor de los productos de tabaco importados.¹¹⁹⁴

6.416. En primer lugar, por lo que respecta a la repercusión de las medidas TPP en el volumen, el Grupo Especial señaló que los reclamantes "han demostrado que las medidas TPP han contribuido a reducir el volumen de las importaciones de productos de tabaco premium, tanto en términos absolutos como relativos".¹¹⁹⁵ El Grupo Especial explicó que "hay algunas pruebas, si bien limitadas, de que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas introducidas en la misma fecha, parecen haber tenido una repercusión negativa en la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio".¹¹⁹⁶ El Grupo Especial consideró que era "razonable esperar" que la reducción de la proporción entre las ventas de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio observada desde que las medidas TPP entraron en vigor fuera el resultado,

¹¹⁹¹ En la sección 6.1.3.3 *infra* abordamos las alegaciones de la República Dominicana de que esta constatación fáctica del Grupo Especial era incompatible con el artículo 11 del ESD.

¹¹⁹² Ante el Grupo Especial, Cuba adujo que el cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP tendría un impacto en el volumen del comercio de cigarros de Cuba. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1191). Al parecer el Grupo Especial también consideró que otros argumentos planteados por la República Dominicana, Honduras e Indonesia se referían asimismo a los efectos del cambio a productos de menor precio en el volumen de productos de tabaco importados premium. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1189-7.1195).

¹¹⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1209.

¹¹⁹⁴ Observamos que la totalidad del análisis realizado por el Grupo Especial en los párrafos 7.1196 a 7.1208 se refiere a la repercusión de las medidas TPP en el volumen. Además, el párrafo 7.1208 contiene una conclusión general sobre la restrictividad del comercio de las medidas TPP con respecto a su repercusión en el volumen. Casi todo el resto del análisis realizado por el Grupo Especial en esa subsección, del párrafo 7.1209 al párrafo 7.1225, atañe a la repercusión de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados, y análogamente termina con una conclusión general sobre la restrictividad del comercio de las medidas TPP por lo que se refiere a su repercusión en el valor. La única excepción a esto es el párrafo 7.1219, que se refiere a "las importaciones globales de cigarros y cigarrillos", "las consecuencias de las medidas TPP en las importaciones de cigarros" y "[la] reduc[ción de] la prevalencia del consumo de cigarros en Australia". En el párrafo 7.1219 se concluye que "esas medidas restringen el comercio también en el caso de los cigarros". Si bien reconocemos que este párrafo no guarda relación con la repercusión de las medidas TPP en el *valor*, sino en el *volumen*, observamos que, tal como entiende la República Dominicana la estructura de esta sección, el párrafo 7.1219 estaría comprendido en el análisis de la "competencia de precios" realizado por el Grupo Especial. Dado que este párrafo se refiere claramente a la repercusión de las medidas TPP en el volumen de las importaciones de cigarros, y no a la competencia de precios en absoluto, la ubicación del párrafo 7.1219 es tan anómala conforme a cómo entiende la República Dominicana la estructura del análisis de Grupo Especial como lo es según la entendemos nosotros. Esencialmente, con independencia de la forma en que se vea la estructura del análisis del Grupo Especial, el párrafo 7.1219 parece estar colocado en un lugar equivocado. No vemos ningún otro modo de conciliar la conclusión formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.1208 sobre el volumen de *productos de tabaco importados* en general con el examen posterior, aunque aparentemente preliminar, que realiza en el párrafo 7.1219 de la repercusión de las medidas TPP en el volumen de *cigarros*.

¹¹⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196.

¹¹⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196. El Grupo Especial basó esta constatación en el análisis que realizó en el apéndice E de su informe. Concretamente, en dicho apéndice, examinó si las medidas TPP habían llevado a los consumidores a cambiar de cigarrillos de gama alta (es decir, más caros, premium) a cigarrillos de gama baja (es decir, menos caros, no premium), y concluyó que "ciertos datos econométricos indican que las medidas TPP contribuyeron a reducir la razón de las ventas al por mayor de cigarrillos de precio alto frente a los de precio bajo". (Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 56.c).

"al menos en parte", de dichas medidas.¹¹⁹⁷ El Grupo Especial también observó que "el consumo general de productos de tabaco" ha disminuido, que "esa disminución es atribuible, al menos en parte", a las medidas TPP, y que, dado que el mercado australiano se "abastece por completo con productos importados", se reducirán las importaciones de tales productos premium.¹¹⁹⁸ El Grupo Especial subrayó, sin embargo, que esa reducción del consumo y de las importaciones de productos de tabaco premium no fue causada exclusivamente por el cambio a productos de menor precio, ya que i) el consumo general de productos de tabaco ha disminuido (lo que significa que "al menos parte de esa disminución del consumo de productos de tabaco premium no ha sido sustituida"), y ii) "los segmentos del mercado de precios más altos y más bajos han evolucionado siguiendo tendencias distintas ... incluso antes de la implementación de las medidas TPP".¹¹⁹⁹ El Grupo Especial también concluyó que no había ninguna prueba de la existencia de cambio a cigarros (puros) de menor precio, ni de la existencia de una relación causal entre dicho cambio y las medidas TPP.¹²⁰⁰

6.417. El Grupo Especial procedió a abordar el argumento de que, a medida que los consumidores cambian a productos de menor precio, disminuirá la demanda de productos de tabaco importados, y esa disminución de la demanda equivale a un efecto limitativo en el comercio (es decir, una "desincentivación de la exportación de productos de tabaco a Australia").¹²⁰¹ El Grupo Especial señaló que las medidas TPP pueden efectivamente contribuir a reducir la demanda de productos de tabaco, pero consideró que, dado que las medidas TPP tendrán implicaciones relacionadas con la oferta, con consecuencias para el consumo general, para demostrar que las medidas TPP restringen el comercio no basta con demostrar solamente los efectos en la demanda.¹²⁰² El Grupo Especial recordó a continuación su constatación de que "las medidas TPP pueden reducir, y de hecho reducen, el atractivo de los productos de tabaco para el consumidor, y que ello puede a su vez influir en las conductas tabáquicas".¹²⁰³ Indicó que "no se discute que el mercado australiano, de hecho, se abastece por completo mediante productos de tabaco importados"¹²⁰⁴ y, sobre esa base, concluyó que "las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano, y en consecuencia tienen un 'efecto limitativo' en el comercio".¹²⁰⁵

6.418. Seguidamente, el Grupo Especial evaluó la repercusión de las medidas TPP en el *valor* de las importaciones.¹²⁰⁶ Coincidió con los reclamantes en que, "en tanto en cuanto restringen el uso de las características de la marca en los productos de tabaco y su empaquetado, las medidas TPP reducen las oportunidades de que los productores diferencien sus productos sobre la base de esas características".¹²⁰⁷ El Grupo Especial procedió a examinar si "esa reducción de las oportunidades de diferenciación de marcas ha dado lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones".¹²⁰⁸ Concluyó que "las pruebas empíricas ... no corroboran el argumento de los reclamantes de que las medidas TPP darán lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones".¹²⁰⁹ En ese contexto, el Grupo Especial también concluyó que las "pruebas indican que las medidas han dado lugar a un aumento del precio de los cigarrillos que ha neutralizado con creces la disminución de la cantidad de cigarrillos consumidos y ha contribuido con ello a aumentar el valor del mercado".¹²¹⁰

6.419. A continuación, el Grupo Especial abordó el argumento de la República Dominicana de que, "al reducir la diferenciación de marcas, las medidas TPP ya han dado lugar al cambio de cigarrillos

¹¹⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196.

¹¹⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196.

¹¹⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197.

¹²⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1198.

¹²⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1199-7.1201 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafos 875-876; y a la respuesta de Honduras a la pregunta 117 del Grupo Especial).

¹²⁰² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1199-7.1201.

¹²⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1206.

¹²⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1207. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹²⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1208.

¹²⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1209-7.1218 y 7.1220-7.1225. Por lo que respecta al párrafo 7.1219 del informe del Grupo Especial, véase la nota 1192 al párrafo 6.415 *supra*.

¹²⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1214.

¹²⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1214.

¹²⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1218.

¹²¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1218.

de mayor precio a los de menor precio y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio, sin reducir la prevalencia de fumadores ni el consumo".¹²¹¹ El Grupo Especial consideró que el argumento de la República Dominicana se "basa[ba] en la suposición de que las medidas TPP mantendrían constante el precio de los cigarrillos o lo reducirían".¹²¹² Señaló que "las pruebas muestran que las marcas de los segmentos de mayor precio por lo general mantuvieron o incrementaron sus sobrepuestos frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada, lo que está en consonancia con la observación de que el precio medio de los cigarrillos se ha incrementado lo suficiente para neutralizar el descenso del consumo".¹²¹³ Concluyó que los hechos que se le habían sometido no respaldaban el argumento de la República Dominicana.¹²¹⁴ Antes de finalizar su análisis de la repercusión en el valor, el Grupo Especial también abordó el argumento de que, con el tiempo, los precios disminuirán en última instancia como consecuencia de las medidas TPP.¹²¹⁵ Indicó que, "al menos en el período de observación abarcado, la competencia de precios no ha aumentado".¹²¹⁶ Sin embargo, al mismo tiempo, las pruebas no permitían al Grupo Especial "excluir la posibilidad de que las medidas TPP hayan reforzado la competencia de precios, algo que no parece irrazonable, ni que, si no ha sucedido ya, puedan reforzarla en el futuro".¹²¹⁷ El Grupo Especial finalmente concluyó que, "si bien los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP hayan reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro".¹²¹⁸

6.420. Los apelantes, y sobre todo la República Dominicana, presentan varios conjuntos de argumentos según los cuales el Grupo Especial incurrió en error al determinar la restrictividad del comercio de las medidas TPP sobre la base de su repercusión en el valor de los productos de tabaco importados. Antes de pasar a abordar esos argumentos, observamos que todos ellos guardan relación con el recurso por los reclamantes al concepto de cambio a productos de menor precio para demostrar, ante el Grupo Especial, que el valor de los productos de tabaco importados disminuyó. Si bien el Grupo Especial también formuló constataciones sobre la repercusión del cambio a productos de menor precio en el *volumen*, los argumentos presentados en apelación por los apelantes se refieren exclusivamente a la repercusión de dicho cambio en el *valor*.¹²¹⁹

6.421. Entendemos que el principal argumento presentado por los reclamantes ante el Grupo Especial era que las medidas TPP restringían el comercio porque reducían las oportunidades de que los fabricantes se diferenciaron sobre la base de las marcas. El Grupo Especial aceptó que las medidas TPP reducen las oportunidades de diferenciación de marcas, pero consideró que ello no bastaba para demostrar la existencia de un efecto limitativo en el comercio internacional. Entendemos que los argumentos de los reclamantes relativos al cambio a productos de menor precio trataban de demostrar que los efectos de las medidas TPP en la diferenciación de marcas tendrían efectivamente un efecto limitativo en el comercio internacional, en particular al reducir el valor de los productos de tabaco importados.

6.422. El valor es una función de precio y cantidad. Para demostrar que las medidas TPP redujeron el valor de los productos de tabaco importados, habría bastado con que los reclamantes presentaran pruebas cuantitativas del *precio* medio y la *cantidad* total de sus productos de tabaco importados antes y después de la implementación de las medidas TPP, y explicaran la relación causal. El hecho de que los reclamantes recurrieran al concepto de cambio a productos de menor precio, sin embargo, presuponía que las medidas TPP darían necesariamente lugar a una disminución del valor, como consecuencias del paso de los consumidores de productos premium a productos no premium en respuesta a dichas medidas. Entendemos que el Grupo Especial basó su evaluación final del efecto

¹²¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221 (donde se hace referencia a M. Katz, An Economic Assessment of the Effects of Tobacco Plain Packaging (9 de marzo de 2015) (informe de Katz) (Prueba documental AUS-18 presentada al Grupo Especial), párrafo 66).

¹²¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1222-7.1225.

¹²¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1224.

¹²¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1224.

¹²¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1225.

¹²¹⁹ Véanse los párrafos 6.4166.417-6.417 *supra*. En respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia, la República Dominicana aclaró que sus argumentos relativos a las constataciones del Grupo Especial sobre el cambio de menor precio se refieren exclusivamente a la repercusión de dicho cambio en el *valor* de los productos de tabaco importados.

de las medidas TPP sobre el valor en todas las pruebas que se le habían presentado, entre las que figuraban pruebas tanto cualitativas como cuantitativas.

6.423. A este respecto, consideramos conveniente abordar brevemente, para empezar, el argumento de los apelantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al concluir que las medidas TPP no darán lugar a una reducción del valor de los productos importados, aun cuando (en opinión de los apelantes) las pruebas cualitativas indicaran que ese efecto se produciría en el futuro.¹²²⁰ Observamos que el Grupo Especial tuvo efectivamente en cuenta la repercusión futura de las medidas TPP en el valor.¹²²¹ Sin embargo, no consideró que las pruebas fueran suficientes para concluir que las medidas TPP *daban* lugar, o necesariamente *darían* lugar, a una reducción del valor. Recordamos que un grupo especial no tiene obligación de basar su evaluación del grado de restrictividad del comercio en un subconjunto de las pruebas pertinentes.¹²²² Teniendo presente que sopesar y confrontar las pruebas es competencia del Grupo Especial, en su función de determinación de los hechos¹²²³, no consideramos que este aspecto de los argumentos de los apelantes demuestre que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2.¹²²⁴

6.424. Habiendo abordado este aspecto de los argumentos de los apelantes, observamos que la República Dominicana ha planteado tres conjuntos adicionales de argumentos en los que alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2, con respecto a su determinación de que las medidas TPP no han reducido el valor de los productos de tabaco importados. En primer lugar, la República Dominicana aduce que el Grupo Especial incurrió en error en la evaluación del argumento de los reclamantes relativo al cambio a productos de menor precio al rechazar ese argumento sobre la base de que las medidas TPP no eran la causa exclusiva de la sustitución a la baja realizada por los consumidores.¹²²⁵ En segundo lugar, la República Dominicana sostiene que cualesquiera razones distintas que tuviera el Grupo Especial para rechazar el argumento de los reclamantes relativo al cambio a productos de menor precio también eran erróneas.¹²²⁶ En tercer lugar, la República Dominicana sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al tener en cuenta la respuesta de los productores a las medidas TPP.¹²²⁷ Abordamos sucesivamente cada conjunto de argumentos.

6.1.3.2.3.1 El criterio de causalidad aplicado por el Grupo Especial

6.425. La República Dominicana aduce que el Grupo Especial incurrió en error al exigir que el cambio a productos de menor precio (causado por las medidas TPP) fuera la única causa del cambio a la baja de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y de gama baja.¹²²⁸ En opinión de la República Dominicana, los párrafos 7.1196 y 7.1197 del informe del Grupo Especial indican que el Grupo Especial rechazó el argumento de los reclamantes de que el cambio a productos de menor precio (causado por las medidas TPP) dio lugar a una reducción del valor basándose en que el cambio de la proporción no fue causado exclusivamente por el cambio a productos de menor precio (causado por las medidas TPP).¹²²⁹ A juicio de la República Dominicana, el hecho de que el Grupo Especial

¹²²⁰ Respuestas de Honduras y la República Dominicana a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹²²¹ El Grupo Especial concluyó que, "si bien los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP hayan reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1225).

¹²²² Véase el párrafo 6.393 *supra*. Análogamente, no vemos ninguna razón por la que la determinación por un grupo especial de los efectos previstos de una medida (a saber, el "funcionamiento previsto" de la medida) no deba basarse en todas las pruebas que tenga ante sí, incluidas las pruebas empíricas de los efectos de la medida hasta el momento.

¹²²³ Recordamos asimismo que, en el contexto de la alegación de que el Grupo Especial incurrió en error al determinar el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, los apelantes aducen lo contrario (a saber, que el Grupo Especial incurrió en error al conceder demasiado peso a las pruebas de los efectos previstos, y un peso insuficiente a las pruebas de los efectos reales). (Véanse los párrafos 6.346-6.347 *supra*).

¹²²⁴ Ninguno de los apelantes ha planteado este argumento en el contexto de la impugnación de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 11 del ESD y, en cualquier caso, no es función del Órgano de Apelación cuestionar la evaluación de las pruebas realizada por el Grupo Especial.

¹²²⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1317-1330.

¹²²⁶ Respuestas de la República Dominicana a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹²²⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1331-1338.

¹²²⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1317-1330.

¹²²⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1322, 1329 y nota 1256 a dicho párrafo, y 1330.

considerase que el cambio de la proporción fue al menos parcialmente atribuible al cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP debería haber bastado, y el Grupo Especial aplicó un criterio de causalidad indebidamente estricto.¹²³⁰

6.426. Australia no está de acuerdo con la interpretación que hace la República Dominicana del informe del Grupo Especial. Australia considera que el Grupo Especial no constató que las medidas TPP fueran la causa de que se produjera el cambio a productos de menor precio.¹²³¹ Australia aduce también que, en cualquier caso, el Grupo Especial rechazó el argumento de la República Dominicana relativo al cambio a productos de menor precio porque se basaba en la suposición de que las medidas TPP mantendrían constante el precio de los cigarrillos o lo reducirían, y, "contrariamente a esta suposición, el Grupo Especial constató que los precios medios del tabaco, deducidos los impuestos, umentaron en el período posterior a la aplicación de las medidas TPP".¹²³² Australia no considera que el Grupo Especial aplicara un "criterio estricto de 'causa exclusiva' en su análisis de la restrictividad del comercio".¹²³³

6.427. Recordamos que, con respecto al argumento de los reclamantes de que el cambio a productos de menor precio daría lugar a una disminución del valor de los productos de tabaco importados, el Grupo Especial rechazó el argumento de que se había producido ese efecto.¹²³⁴ Sin embargo, el Grupo Especial no excluyó la posibilidad de que ese efecto pudiera producirse en el futuro.¹²³⁵

6.428. En nuestra opinión, los argumentos de la República Dominicana se basan en una interpretación incorrecta de las constataciones del Grupo Especial sobre el cambio a productos de menor precio. Entendemos que el argumento de la República Dominicana en apelación se sustenta fundamentalmente en su opinión de que el Grupo Especial, en los párrafos 7.1196 y 7.1197 de su informe, rechazó el argumento de los reclamantes de que el cambio a productos de menor precio redujo el *valor* de los productos de tabaco importados. La República Dominicana considera que el Grupo Especial rechazó este argumento basándose en que la reducción de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y de gama baja no fue causada exclusivamente por la sustitución a la baja por los consumidores en respuesta a las medidas TPP, sino que fue causada al menos en parte por la reducción global del consumo, causada también por las medidas TPP.¹²³⁶ Sin embargo, como se ha descrito *supra*, los párrafos 7.1196 y 7.1197 del informe del Grupo Especial hacen referencia a la repercusión de las medidas TPP en el *volumen* de los productos de tabaco importados, y no a la repercusión en el *valor*.¹²³⁷

6.429. Es posible que parte de la confusión de la República Dominicana guarde relación con el hecho de que los párrafos 7.1196 y 7.1197 del informe del Grupo Especial hacen referencia a que la disminución del volumen de los productos de tabaco premium importados es parcialmente atribuible al cambio a productos de menor precio y parcialmente atribuible a la disminución global del consumo causada por las medidas TPP.¹²³⁸ Esas constataciones son muy similares, aunque diferentes, a

¹²³⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1323-1330.

¹²³¹ Respuestas de Australia a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹²³² Declaración inicial de Australia en la primera audiencia, párrafo 49 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.1215 y 7.1221). (con resalte en el original)

¹²³³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 332.

¹²³⁴ Véanse los párrafos 6.418-6.419 *supra*.

¹²³⁵ Véase el párrafo 6.419 *supra*.

¹²³⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1319.

¹²³⁷ Véase el párrafo 6.416 *supra*. Subrayamos que los párrafos 7.1196 y 7.1197 hacen referencia a la disminución del *consumo* y las *importaciones* de productos de tabaco premium, y ninguno de esos párrafos, en ningún momento, hace referencia a la repercusión del cambio a productos de menor precio o de las medidas TPP en el valor.

¹²³⁸ En la última frase del párrafo 7.1196 se afirma que "el consumo de productos de tabaco premium ... ha *disminuido en términos absolutos*, lo que a su vez reducirá previsiblemente las importaciones de productos premium". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196 (sin resalte en el original)). La frase siguiente, la primera del párrafo 7.1197, se refiere claramente a esta disminución del consumo de productos de tabaco premium en términos absolutos, cuando afirma que el Grupo Especial "no est[á] convencido[] de que *esta disminución del consumo y las importaciones de productos de tabaco premium* sea exclusivamente el resultado del 'cambio a productos de menor precio' tal como lo describen los reclamantes". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197 (sin resalte en el original)). En la segunda frase del párrafo 7.1197 se explica que, "teniendo en cuenta que el consumo general de productos de tabaco ha disminuido, al menos parte de esa *disminución del consumo de productos de tabaco premium* no ha sido sustituida por el consumo de productos no premium". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197 (sin resalte en el original)).

determinadas constataciones formuladas por el Grupo Especial en su análisis de la cuestión de si las medidas TPP causaron el cambio a productos de menor precio, en el apéndice E del informe del Grupo Especial.¹²³⁹ Abordamos *infra* determinadas cuestiones que se plantean en relación con las constataciones del Grupo Especial que figuran en el apéndice E.¹²⁴⁰ Sin embargo, por el momento basta señalar que las constataciones formuladas por el Grupo Especial en los párrafos 7.1196 y 7.1197 conciernen a la repercusión del cambio a productos de menor precio en el *volumen* y no se refieren a su repercusión en el *valor*.

6.430. Además, en el párrafo 7.1221 del informe del Grupo Especial se aborda *efectivamente* el argumento relativo a los "efectos del cambio a productos de menor precio en el valor". La primera frase del párrafo 7.1221 se refiere específicamente a este argumento, afirmando que "[a] juicio de la República Dominicana, el argumento de los reclamantes consiste en que ... las medidas TPP ya han dado lugar al cambio de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio".¹²⁴¹ El Grupo Especial razonó que este argumento se "basa[ba] en la suposición de que las medidas TPP mantendrán constante el precio de los cigarrillos o lo reducirán".¹²⁴² Según el Grupo Especial, "las pruebas muestran que las marcas de los segmentos de mayor precio por lo general mantuvieron o incrementaron sus sobrepuestos frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada, lo que está en consonancia con la observación de que el precio medio de los cigarrillos se ha incrementado lo suficiente para neutralizar el descenso del consumo".¹²⁴³ Por consiguiente, a juicio del Grupo Especial, "los hechos ... no respaldan el argumento de la República Dominicana".¹²⁴⁴

6.431. En síntesis, el párrafo pertinente que aborda directamente el argumento de que el cambio a productos de menor precio dio lugar a una reducción del valor de los cigarrillos importados no es ni el párrafo 7.1196 ni el 7.1197, sino el párrafo 7.1221. Es esencial señalar que, a los efectos de abordar la alegación formulada en apelación por la República Dominicana, en el párrafo 7.1221 no se rechaza el argumento de que "el cambio a productos de menor precio dio lugar a una disminución del valor" sobre la base de la medida en que la sustitución a la baja por las medidas TPP causó el cambio de la proporción de ventas de cigarrillos. Señalamos también que la conclusión definitiva formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.1225 acerca de la repercusión de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados tuvo en cuenta la posible repercusión futura del cambio a productos de menor precio en el valor. Concretamente, el Grupo Especial afirmó que, "si bien los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP hayan reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro, ya sea como consecuencia del efecto de las medidas en el consumo únicamente o como consecuencia de ese efecto combinado con una caída de los precios".¹²⁴⁵ En nuestra opinión, esas constataciones captan plenamente las conclusiones del Grupo Especial sobre la repercusión del cambio a productos de menor precio en el valor de los productos de tabaco importados.

6.432. Somos conscientes del argumento de la República Dominicana, planteado en la primera audiencia, de que los párrafos 7.2572 y 7.2573 del informe del Grupo Especial demuestran que el Grupo Especial abordó el argumento de que "el cambio a productos de menor precio dio lugar a una disminución del valor" en los párrafos 7.1196 y 7.1197. Los párrafos 7.2572 y 7.2573, que figuran en el contexto del análisis realizado por el Grupo Especial del artículo 20 en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, resumen las constataciones anteriores del Grupo Especial sobre la "competencia

¹²³⁹ En los párrafos 55 y 56.c del apéndice E de su informe, el Grupo Especial afirmó que el cambio de la proporción entre las ventas de gama alta y de gama baja era atribuible en parte a las medidas TPP y, en tanto en cuanto ese cambio es atribuible a las medidas TPP, fue el resultado tanto de la sustitución a la baja como de la disminución global de las ventas al por mayor. Por lo tanto, en el apéndice E, el Grupo Especial se refería a la repercusión de las medidas TPP en la *proporción de ventas*. En cambio, en los párrafos 7.1196 y 7.1197 de su informe, el Grupo Especial constató que, en tanto en cuanto las medidas TPP redujeron el *volumen de productos de tabaco premium importados*, lo hicieron a través de la sustitución a la baja causada por las medidas TPP, así como de una disminución más general de las ventas al por mayor, causada también por las medidas TPP. Observamos que una disminución de la *proporción* entre las ventas de gama alta y de gama baja no es lo mismo que una disminución del *volumen* absoluto de ventas de gama alta.

¹²⁴⁰ Véase la sección 6.1.3.3 *infra*.

¹²⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221 (donde se hace referencia al informe de Katz (Prueba documental AUS-18 presentada al Grupo Especial), párrafo 66).

¹²⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1225.

de precios" y la "sustitución a la baja", respectivamente, en su evaluación de la restrictividad del comercio.¹²⁴⁶ Ni en el párrafo 7.2572 ni en el 7.2573 hace el Grupo Especial referencia a las constataciones que figuran en el párrafo 7.1221. Esto es particularmente significativo, dado que en el párrafo 7.2573, donde figura el resumen realizado por el propio Grupo Especial de sus constataciones sobre la "sustitución a la baja", se describen efectivamente casi palabra por palabra las constataciones formuladas por el Grupo Especial en los párrafos 7.1196 y 7.1197 en relación con el efecto del cambio a productos de menor precio en el volumen de productos de tabaco importados, y se describe también la declaración formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.1225 en relación con la posible repercusión futura de las medidas TPP en el valor. En otras palabras, en los párrafos 7.1196 y 7.1197 figuran las constataciones del Grupo Especial sobre la repercusión del cambio a productos de menor precio en el volumen, en los párrafos 7.1221 y 7.1225 figuran las constataciones del Grupo Especial sobre el efecto del cambio a productos de menor precio en el valor, y en los párrafos 7.2572 y 7.2573 se resumen supuestamente las constataciones del Grupo Especial sobre el cambio a productos de menor precio, pero se omite toda mención a las constataciones que figuran en el párrafo 7.1221.

6.433. Coincidimos con la República Dominicana en que es preocupante que en el resumen que hizo el propio Grupo Especial de sus constataciones sobre el cambio a productos de menor precio se omita toda mención al párrafo 7.1221. En efecto, la República Dominicana ha identificado una tensión entre el texto claro de las constataciones del Grupo Especial y su resumen posterior de dichas constataciones.¹²⁴⁷ Sin embargo, a nuestro parecer, el *resumen* posterior realizado por el Grupo Especial de sus constataciones anteriores no es una base suficiente para simplemente prescindir del texto claro de esas constataciones anteriores.¹²⁴⁸ Observamos que la interpretación hecha por la República Dominicana del informe del Grupo Especial no solo ignora el texto claro de los párrafos 7.1196, 7.1197 y 7.1221, sino que también haría enteramente redundante el párrafo 7.1221. No estamos de acuerdo con esta interpretación del informe del Grupo Especial.

6.434. Como se ha indicado, el texto de los párrafos 7.1221 y 7.1225 muestra que el Grupo Especial no rechazó el argumento de la República Dominicana relativo al cambio a productos de menor precio sobre la base de que las medidas TPP no fueran la única causa de la sustitución a la baja. Tal razonamiento no figura en el párrafo 7.1221, y en efecto el párrafo 7.1225 prevé la posibilidad de que, de hecho, las medidas TPP den lugar a una reducción del valor en el futuro. Una lectura detenida del informe del Grupo Especial muestra que el Grupo Especial concluyó en primer lugar, en el apéndice E (y reiteró en el párrafo 7.1196), que las medidas TPP eran causantes, al menos en parte, del cambio a productos de menor precio en Australia. Sobre esa base, el Grupo Especial

¹²⁴⁶ Observamos que el Grupo Especial hizo este resumen de sus constataciones en el contexto de la evaluación de los argumentos de los reclamantes de que las medidas TPP afectan a la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio para "obtener ... un valor económico de esas marcas". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2571).

¹²⁴⁷ Por una parte, con arreglo a la interpretación que hace la República Dominicana del informe del Grupo Especial, los párrafos 7.1196 y 7.1197 contienen el razonamiento dispositivo del Grupo Especial para rechazar el argumento de que el cambio a productos de menor precio dio lugar a una disminución del valor, algo que está en abierta contradicción con el texto claro de esos párrafos, así como con el hecho de que el párrafo 7.1221, a juzgar por sus propios términos, parece ser el párrafo dispositivo que aborda ese argumento. Por otra parte, en la medida en que el párrafo 7.1221 es en efecto el párrafo dispositivo en el cual el Grupo Especial rechazó el argumento de que el cambio a productos de menor precio dio lugar a una disminución del valor, el párrafo 7.2573 es un resumen confuso realizado por el Grupo Especial de sus propias constataciones, y es incompleto en tanto en cuanto no hace referencia al párrafo 7.1221.

¹²⁴⁸ Encontramos también apoyo para el modo en que entendemos el informe del Grupo Especial cuando tenemos en cuenta las constataciones separadas del Grupo Especial sobre la repercusión del cambio a productos de menor precio en los cigarros (puros), y no en los cigarrillos. En el párrafo 7.1198, el Grupo Especial concluyó que no había pruebas de que las medidas TPP hubieran causado el cambio a productos de menor precio en el mercado de cigarros (puros). En ese párrafo, como en los párrafos 7.1196-7.1197, no se hace referencia a ninguna repercusión del cambio a productos de menor precio en el valor, sino solo a la repercusión del cambio a productos de menor precio en las "importaciones" y las "ventas". Tras haber indicado en el párrafo 7.1198 que no hay pruebas de que esté teniendo lugar el cambio a cigarros (puros) de menor precio, el Grupo Especial no volvió en ningún momento a examinar si el cambio a productos de menor precio había tenido alguna repercusión en el valor de los cigarros importados. Este enfoque sobre el efecto del cambio a productos de menor precio en el comercio de cigarros contrasta vivamente con las constataciones del Grupo Especial con respecto a la repercusión del cambio a productos de menor precio en el comercio de cigarrillos. De hecho, en el párrafo 7.1196, el Grupo Especial constata expresamente que las medidas TPP han causado algún cambio a productos de menor precio en el mercado de cigarrillos, y seguidamente, en el párrafo 7.1221, el Grupo Especial concluye que el cambio a productos de menor precio no ha dado lugar a una reducción en el valor del mercado de cigarrillos.

procedió a examinar si el cambio a productos de menor precio dio lugar, o daría lugar, a una reducción del volumen o el valor de los productos de tabaco importados. El Grupo Especial rechazó el argumento de que el cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP redujo el valor de los productos de tabaco importados por razones que no guardan relación con la medida en que la sustitución a la baja causó la disminución en la proporción de ventas de cigarrillos. Al Grupo Especial, el argumento relativo al cambio a productos de menor precio también le resultó suficientemente convincente como para concluir que el valor podría reducirse en el futuro.

6.435. Por lo tanto, entendemos que el Grupo Especial aplicó justo el criterio de causalidad que la República Dominicana considera adecuado en el marco del párrafo 2 del artículo 2, exigiendo simplemente que las medidas TPP fueran al menos parcialmente causantes del cambio a productos de menor precio para evaluar si ese efecto de cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP dio lugar, o daría lugar en el futuro, a una reducción del valor. En consecuencia, la República Dominicana no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error por basarse en un criterio de causalidad inadecuado al aplicar el párrafo 2 del artículo 2.

6.1.3.2.3.2 El razonamiento hecho por el Grupo Especial en el párrafo 7.1221 de su informe

6.436. Como se ha explicado antes, en el párrafo 7.1221 del informe del Grupo Especial figuran las constataciones dispositivas del Grupo Especial relativas a la repercusión del cambio a productos de menor precio (causado por las medidas TPP) hasta la fecha en el valor de los productos de tabaco importados. En dicho párrafo se afirma lo que sigue:

A juicio de la República Dominicana, el argumento de los reclamantes consiste en que, al reducir la diferenciación de marcas, las medidas TPP ya han dado lugar al cambio de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio y, por lo tanto, a una reducción en el valor del comercio, sin reducir la prevalencia de fumadores ni el consumo. Sin embargo, la República Dominicana añade, al mismo tiempo, que "e[ste] desacuerdo en cuanto a los efectos reales en el comercio resultantes de las medidas [TPP] no es importante para la constatación por el Grupo Especial de restrictividad del comercio en el marco del párrafo 2 del artículo 2, porque resulta evidente del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas que limitan drásticamente las oportunidades de competencia para diferenciar los productos de tabaco". El argumento de la República Dominicana se basa en la suposición de que las medidas TPP mantendrán constante el precio de los cigarrillos o lo reducirán. Sin embargo, las pruebas muestran que las marcas de los segmentos de mayor precio por lo general mantuvieron o incrementaron sus sobrepuestos frente a las marcas de los segmentos de menor precio en el primer año posterior a la implementación del empaquetado genérico, y no han mostrado una caída pronunciada, lo que está en consonancia con la observación de que el precio medio de los cigarrillos se ha incrementado lo suficiente para neutralizar el descenso del consumo. En otras palabras, los hechos que se nos han sometido no respaldan el argumento de la República Dominicana.¹²⁴⁹

6.437. En la primera audiencia, la República Dominicana adujo que, en el caso de que el Órgano de Apelación considerase que el párrafo 7.1221 contiene las constataciones del Grupo Especial sobre el argumento de los reclamantes de que "el cambio a productos de menor precio ha reducido el valor", de todos modos el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2. La República Dominicana adujo, en primer lugar, que su argumento sobre el cambio a productos de menor precio no se basaba en la suposición del Grupo Especial de que los precios se mantendrían constantes o caerían. Según la República Dominicana, el cambio a productos de menor precio todavía podría dar lugar a una reducción del valor incluso aunque los precios aumentasen. En segundo lugar, la República Dominicana adujo que las referencias del Grupo Especial a que los productos de gama alta mantendrían o incrementarían sus sobrepuestos es insuficiente para rechazar el argumento relativo al cambio a productos de menor precio, porque el aumento de las diferencias de precios entre los cigarrillos de gama alta y los de gama baja no hace sino aumentar el efecto negativo de las medidas TPP en el valor de los productos importados, puesto que por cada unidad que se desplaza a la baja hay una mayor pérdida de valor en la venta. En tercer lugar, según la República

¹²⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221 (donde se cita la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 117 del Grupo Especial, párrafo 233, donde se hace referencia al informe de Katz (Prueba documental AUS-18 presentada al Grupo Especial), párrafo 66). (no se reproducen las notas de pie de página)

Dominicana, el Grupo Especial utilizó un efecto que no era atribuible a las medidas TPP (concretamente, el aumento del precio medio de los cigarrillos) para compensar un efecto que es atribuible a las medidas TPP (es decir, el propio cambio a productos de menor precio).¹²⁵⁰

6.438. Australia considera que las constataciones del Grupo Especial que figuran en el párrafo 7.1221 no han sido objeto de apelación y, por lo tanto, no están comprendidas en ámbito de la presente apelación. En cualquier caso, Australia sostiene que el Grupo Especial consideró acertadamente que no podía ceñirse simplemente a la principal suposición de la República Dominicana en materia de precios, y que el Grupo Especial constató correctamente que las pruebas empíricas indicaban que las medidas TPP dieron lugar a un incremento del precio de los cigarrillos.¹²⁵¹

6.439. Por lo que respecta al primer argumento en apelación de la República Dominicana, observamos que la "suposición" que el Grupo Especial adscribió al argumento de la República Dominicana -que "las medidas TPP mantendrán constante el precio de los cigarrillos o lo reducirán"¹²⁵²- no era una suposición que la República Dominicana hubiera reconocido necesariamente al formular su argumento relativo al cambio a productos de menor precio. Más bien, entendemos que esta suposición era una consecuencia necesaria de sus argumentos. Específicamente, entendemos que el argumento que esgrimió la República Dominicana ante el Grupo Especial fue que, como las medidas TPP dan lugar a un desplazamiento de los consumidores de los cigarrillos más caros a los menos caros, el valor global de las ventas de cigarrillos disminuirá necesariamente. La referencia del Grupo Especial a la "suposición" subyacente en este argumento se basa en el hecho de que las medidas TPP podrían, en teoría, dar lugar a un incremento de los precios, de modo que cualquier cambio a la baja del consumo se compensa mediante el incremento del precio, con el resultado de que el valor total de los productos importados no se reduce. En otras palabras, la única manera en que el cambio a productos de menor precio podría, en y por sí mismo, haber bastado para que el Grupo Especial hubiera concluido que las medidas TPP habían reducido el valor de los productos de tabaco importados habría sido que los precios se hubieran mantenido constantes o hubieran disminuido.

6.440. No entendemos que las constataciones del Grupo Especial estén en desacuerdo con la República Dominicana en que es posible que un incremento de los precios, acompañado por el cambio a productos de menor precio, dé lugar a una reducción del valor global. Más bien, el razonamiento del Grupo Especial fue que, si los precios aumentan, entonces no se producirá necesariamente la reducción prevista en el valor global. Dicho de otro modo, por lógica, el Grupo Especial no afirmó que el cambio a productos de menor precio no dará lugar a una reducción del valor; más bien, al rechazar una premisa necesaria del argumento de la República Dominicana, el Grupo Especial refutó el argumento de que el cambio a productos de menor precio debe dar lugar necesariamente a una reducción del valor. No vemos error alguno en el razonamiento del Grupo Especial.

6.441. Con respecto al segundo argumento de la República Dominicana -que los aumentos en las diferencias de precios entre los productos de gama alta y los de gama baja agravan la pérdida de valor-, consideramos que este argumento pasa por alto el hecho de que, por cada venta perdida por un productor de gama alta, la pérdida de valor en esa venta particular puede verse compensada por el aumento en el precio pagado por otros consumidores que siguen comprando el producto de gama alta. En otras palabras, si bien la cantidad total de ventas de gama alta puede disminuir como consecuencia del cambio a productos de menor precio, el aumento de precio simultáneo significa que cabría la posibilidad de que el valor total (es decir, la cantidad multiplicada por el precio) permaneciera constante, o incluso aumentar. Por consiguiente, de ello no se desprende que un incremento del precio reduzca necesariamente el valor.¹²⁵³

6.442. En cuanto al tercer argumento de la República Dominicana, que el Grupo Especial se basó en un efecto que *no* causaron las medidas TPP (aumento del precio) para compensar un efecto que

¹²⁵⁰ Respuestas de la República Dominicana a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹²⁵¹ Respuestas de Australia a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹²⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221.

¹²⁵³ Es importante señalar que ni nosotros ni el Grupo Especial consideramos que los incrementos de precios darán lugar necesariamente a un incremento del valor. Más bien, las constataciones del Grupo Especial indican simplemente que cabría la posibilidad de que el cambio a productos de menor precio no diera lugar a cambio alguno (o dé lugar a un aumento) del valor, si los precios aumentaran. El hecho de que los precios aumentaran fue suficiente para que el Grupo Especial rechazase el argumento de que el cambio a productos de menor precio redujo necesariamente el valor de los productos de tabaco importados.

fue causado por las medidas TPP (cambio a productos de menor precio), consideramos que este argumento está en contradicción con constatación explícita del Grupo Especial de que el incremento del precio fue causado por las propias medidas TPP.¹²⁵⁴ En la medida en que los argumentos esgrimidos por la República Dominicana en la primera audiencia ponen en cuestión la exactitud de la constatación del Grupo Especial sobre la relación causal, observamos que la República Dominicana no apeló, en el marco del artículo 11 del ESD, respecto de esta constatación fáctica, que por lo tanto no está comprendida en el ámbito de la presente apelación.¹²⁵⁵

6.443. Por estas razones, consideramos que, incluso si los dos primeros argumentos de la República Dominicana relativos al párrafo 7.1221 del informe del Grupo Especial están debidamente comprendidos en el ámbito de esta apelación, la República Dominicana no ha demostrado que el razonamiento del Grupo Especial en dicho párrafo constituyó una aplicación incorrecta del criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2.

6.1.3.2.3.3 La reacción de los agentes privados a las medidas TPP

6.444. La República Dominicana aduce que, como cuestión general (es decir, sin referencia al párrafo 7.1221 en particular), el Grupo Especial incurrió en error al tener en cuenta los aumentos de precios.¹²⁵⁶ La República Dominicana sostiene que "[u]na medida no deja de restringir el comercio solo porque los agentes privados puedan adaptar su estrategia comercial ante la medida".¹²⁵⁷ La República Dominicana hace referencia a determinada jurisprudencia del Órgano de Apelación y de los grupos especiales que avala la proposición de que las acciones de los agentes privados para mitigar los efectos perjudiciales de una medida no impedirán una constatación de incompatibilidad con las normas de la OMC.¹²⁵⁸ A juicio de la República Dominicana, el Grupo Especial incurrió en error "al permitir que la conducta de agentes privados fuera un medio para anular, o mitigar, los efectos de restricción del comercio de una medida".¹²⁵⁹

6.445. Australia aduce que el Grupo Especial no consideró que se pudiera subsanar o mitigar la restrictividad del comercio de las medidas TPP, sino que más bien "se basó en las pruebas de expertos de los reclamantes sobre los *efectos de las medidas TPP en el mercado* para informar su evaluación de la restrictividad del comercio de las medidas".¹²⁶⁰ Australia no ve "razón alguna por la cual el Grupo Especial debería haber excluido de su análisis los datos sobre el consumo", dado

¹²⁵⁴ Concretamente, el Grupo Especial constató que las "pruebas indican que las medidas han dado lugar a un aumento del precio de los cigarrillos que ha neutralizado con creces la disminución de la cantidad de cigarrillos consumidos y ha contribuido con ello a aumentar el valor del mercado". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1218). Así pues, no estamos de acuerdo con la afirmación de la República Dominicana de que el Grupo Especial constató sencillamente que existía una tendencia al alza en el valor de los productos de tabaco después de la implementación de las medidas TPP, sin evaluar si las medidas TPP causaron esa tendencia al alza.

¹²⁵⁵ En la primera audiencia, la República Dominicana comparó el análisis de la relación causal realizado por el Grupo Especial al atribuir los aumentos de precios a las medidas TPP con el análisis realizado por el Grupo Especial de la medida en que se produjo el cambio a productos de menor precio (es decir, la medida en que el cambio de la proporción de ventas de cigarrillos fue causado por las medidas TPP). La República Dominicana señaló que, al evaluar las causas del cambio de la proporción, el Grupo Especial no solo evaluó si ese cambio a la baja se produjo y aumentó después de la implementación de las medidas TPP, sino también si las medidas TPP habían causado ese aumento. En contraste, en el contexto de la evaluación del efecto de las medidas TPP en los precios, la República Dominicana afirma que el Grupo Especial se limitó a constatar que los precios habían aumentado, sin verificar si ese aumento de los precios se aceleró tras la implementación de las medidas TPP o si las medidas TPP causaron ese cambio.

¹²⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1331-1338.

¹²⁵⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1333.

¹²⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1334-1336 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 117; *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 14; y *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 220; y a los informes de los Grupos Especiales, *Indonesia - Regímenes de licencias de importación*, párrafo 7.11; *India - Células solares*, párrafo 7.95; y *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 8.157).

¹²⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1333. Según la República Dominicana, "el Grupo Especial constató que la posibilidad de que los proveedores/productores contrarresten las distorsiones en la demanda de productos de tabaco de gama alta (resultantes de las medidas TPP) ajustando los precios puede hacer una medida inmune a cualquier constatación de restrictividad del comercio evidente a partir del diseño, la naturaleza y el funcionamiento previsto de la medida". (*Ibid.*, párrafo 1337).

¹²⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 339. (con resalte en el original)

que la evaluación de la restrictividad del comercio conlleva evaluar si existe un efecto limitativo en el comercio internacional.¹²⁶¹ Australia considera que lo adecuado era que el Grupo Especial "determinara los efectos de las medidas TPP en el mercado, donde interactúan las fuerzas de la oferta y la demanda".¹²⁶² Australia también observa que, anteriormente, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró adecuado "examinar pruebas relativas a la oferta y a la demanda para determinar cómo afecta un reglamento técnico a las condiciones de competencia en el mercado".¹²⁶³

6.446. En nuestra opinión, la jurisprudencia citada por la República Dominicana respalda el principio de que la determinación de la compatibilidad de una medida debe basarse en todos los hechos pertinentes, de manera que el hecho de que los agentes privados puedan adaptar su comportamiento para mitigar las consecuencias negativas no altera una constatación de incompatibilidad cuando los hechos indican que una medida es incompatible con las normas de la OMC.¹²⁶⁴ Dicho de otro modo, la aplicación de cualquier disposición de un acuerdo abarcado debería basarse en los hechos y, si la aplicación del criterio jurídico pertinente muestra que se han satisfecho sus elementos constitutivos, otros factores (como las posibles acciones de agentes privados) no anulan, mitigan ni compensan la consiguiente constatación de incompatibilidad.

6.447. En la presente diferencia, habida cuenta de los argumentos de los propios reclamantes de que el valor del comercio había disminuido como resultado de la medida, el Grupo Especial consideró pertinente examinar la repercusión de la medida en los precios. Esto era consecuencia del hecho de que el valor de importación es una función de la cantidad de productos importados multiplicada por el precio medio de esos productos. Por lo tanto, es ineludible que el precio es una consideración pertinente para evaluar el valor. El precio, por su parte, es una función de la dinámica del mercado,

¹²⁶¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 340.

¹²⁶² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 340.

¹²⁶³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 340 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 349).

¹²⁶⁴ En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación afirmó que la "consecuencia capital" del sistema dual de venta al por menor para los productos importados era una "drástica reducción de oportunidades comerciales para llegar, y por ende generar ventas, a los mismos consumidores servidos por los canales minoristas tradicionales de la carne vacuna nacional", y que, "[e]n estas circunstancias, la intervención de algún elemento de opción privada no exime a Corea de responsabilidad en virtud del GATT de 1994 por el resultante establecimiento de condiciones de competencia menos favorables para el producto importado que para el producto nacional". (Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafos 145-146). En *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, el Órgano de Apelación constató que: "la regla del valor equitativo de mercado ofrec[ía] un incentivo considerable, y en algunos casos crea[ba] en la práctica una prescripción, para que los fabricantes utilicen como insumos productos nacionales en lugar de productos importados similares. En consecuencia, la regla del valor equitativo de mercado otorga a los productos importados un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 220). El Órgano de Apelación explicó que: "el hecho de que la regla del valor equitativo de mercado no conlleve en todos los casos el otorgamiento de un trato menos favorable a los productos similares importados no anula" esta conclusión. (*Ibid.*, párrafo 221). En el asunto *India - Células solares*, el Grupo Especial señaló que: "[e]l hecho de que todos los promotores de energía solar que participan en el programa JNNSM puedan utilizar (y el hecho de que algunos de hecho están utilizando) determinados tipos de células y módulos extranjeros (por ejemplo, módulos solares de lámina delgada en la fase I) no invalida el hecho de que las prescripciones de contenido nacional otorgan un trato menos favorable a los otros tipos de células y módulos extranjeros cuyo uso sí está prohibido por las prescripciones en cuestión". (Informe del Grupo Especial, *India - Células solares*, párrafo 7.94 (con resalte en el original)). En *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, al examinar una alegación al amparo del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994, el Órgano de Apelación consideró que, como cuestión de hecho, "la medida de Tailandia prevé circunstancias en las que los revendedores de cigarrillos importados estarán sujetos al pago del IVA, a lo que los revendedores de cigarrillos nacionales nunca estarán sujetos". (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 117). Así pues, la posibilidad de que los agentes privados "adopta[sen] medidas para evitar la imposición del pago del IVA" no alteraba la evaluación de si, como cuestión de hecho, "los cigarrillos importados están sujetos a impuestos interiores u otras cargas interiores superiores a los aplicados a los cigarrillos nacionales". (*Ibid.*). En el asunto *Indonesia - Regímenes de licencias de importación*, el demandado adujo que "las medidas impugnadas [era]n resultado de actos privados y no [era]n medidas instituidas o mantenidas por un Miembro". (Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Regímenes de licencias de importación*, párrafo 7.4). El Grupo Especial consideró que "el hecho de que los agentes privados puedan adoptar decisiones acerca de sus necesidades de importación no inmuniza las medidas indonesias contra la impugnación", y que "la intervención de algún elemento de elección privada no libera necesariamente a un Miembro de responsabilidad". (Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Regímenes de licencias de importación*, párrafo 7.11 (no se reproduce la nota de pie de página)). El Grupo Especial concluyó que todas las medidas impugnadas eran medidas "adoptadas por" Indonesia. (*Ibid.*, párrafos 7.11-7.12, 7.16-7.17, 7.20-7.21 y 7.24-7.25).

e incluye el precio máximo que los consumidores están dispuestos a pagar y el precio mínimo que los productores están dispuestos a aceptar. Parece claro que una medida puede tener una repercusión causal en el precio al afectar a diversos actores del mercado. En consecuencia, a nuestro juicio, al examinar la repercusión de las medidas TPP en los precios, el Grupo Especial estaba examinando efectivamente los hechos pertinentes para llegar a una conclusión sobre el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP, sobre la base de los argumentos de los propios reclamantes de que las medidas TPP dieron lugar a una disminución del valor.

6.448. Teniendo presente lo anterior, la jurisprudencia citada por la República Dominicana en relación con las posibles acciones de entidades privadas para mitigar una constatación de incompatibilidad con las normas de la OMC no parece ser pertinente. Más bien, el Grupo Especial se limitó a examinar los hechos para determinar si las medidas TPP restringen el comercio y en qué grado lo hacen, con el fin de evaluar si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2. En efecto, los argumentos de la República Dominicana dan a entender que el Grupo Especial debería haber prescindido de la dinámica real del mercado y elaborado una conclusión fáctica relativa a los precios en el mercado o al valor (que representa en sí mismo el precio multiplicado por la cantidad) sin examinar el efecto real de las medidas TPP en los precios. No estamos de acuerdo. Observamos asimismo que, si el Grupo Especial hubiera constatado que los precios se habían mantenido constantes o habían disminuido, parece que el Grupo Especial habría constatado en efecto que la medida redujo el valor del comercio y era restrictiva del comercio de esa manera. Por lo tanto, lejos de "inmunizar" a la medida frente a una constatación de restrictividad del comercio (o de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2), el Grupo Especial, al examinar la repercusión de las medidas TPP en los precios, simplemente examinó si las pruebas y los hechos respaldaban las afirmaciones hechas por los reclamantes en el sentido de que las medidas TPP habían reducido el valor del comercio.¹²⁶⁵

6.449. Por consiguiente, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error al tener en cuenta la repercusión de las medidas TPP en los precios, no obstante el hecho de que tal efecto era consecuencia de la dinámica del mercado, que incluye a los consumidores y los productores/proveedores.¹²⁶⁶

6.1.3.2.4 Conclusión sobre la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2

6.450. Sobre la base de lo que antecede, concluimos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al evaluar la restrictividad del comercio de las medidas TPP.

6.1.3.3 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD

6.451. La República Dominicana alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, al constatar que "los reclamantes no habían demostrado que la disminución de las ventas de cigarrillos de gama alta en relación con los de gama baja revelase 'solo' o 'exclusivamente' el cambio a productos de menor precio por los consumidores, en contraposición a los resultados de otros fenómenos de mercado".¹²⁶⁷ La República Dominicana menciona específicamente la constatación del Grupo Especial de que parte del descenso de la proporción se debió a "la reducción global del volumen total de ventas al por mayor causada por la introducción de las medidas TPP".¹²⁶⁸ Según la República Dominicana, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto por: i) no dar una explicación razonada y adecuada de esta

¹²⁶⁵ Como afirma la Unión Europea en su comunicación en calidad de tercero participante, "el Grupo Especial consideró adecuadamente los efectos relacionados con la demanda y la oferta, puesto que la cuestión de que se trata no es si los productores de algunos productos afectados negativamente pueden evitar el efecto de la medida, sino más bien de cómo será en general el efecto sobre las oportunidades de competencia en el mercado, y cómo repercutirá esto, en consecuencia, en los volúmenes [y el valor] del comercio". (Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 42).

¹²⁶⁶ Señalamos que este enfoque concuerda con la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO* de que el grado de restricción del comercio de una medida concreta puede depender de si los costos de la medida los soportarían los productores o si esos costos se transferirían a los consumidores. (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 483).

¹²⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1340.

¹²⁶⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 55. Véase también, *ibid.*, apéndice E, párrafo 56.c.

constatación; ii) comprometer los derechos de debido proceso de la República Dominicana; y iii) abonar los argumentos de Australia.¹²⁶⁹

6.452. Australia considera que el Grupo Especial actuó dentro de los límites de sus facultades discrecionales, de manera compatible con el artículo 11 del ESD. A juicio de Australia, el Grupo Especial tuvo en cuenta las pruebas de los reclamantes relativas al cambio a productos de menor precio, pero les atribuyó un peso y una importancia distintos de los que habrían preferido los reclamantes.¹²⁷⁰

6.453. Cada una de las tres alegaciones formuladas por la República Dominicana al amparo del artículo 11 concierne a supuestos errores sustantivos y de procedimiento subyacentes a la constatación fáctica del Grupo Especial, que figura en los párrafos 55 y 56.c del apéndice E del informe del Grupo Especial, de que las medidas TPP contribuyeron al descenso de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y de gama baja a través del cambio a productos de menor precio y la reducción de las ventas globales al por mayor causados por las medidas TPP.¹²⁷¹ En el cuerpo principal de su informe, el Grupo Especial formuló una constatación similar (pero distinta), afirmando que la disminución del *volumen de las ventas de cigarrillos premium* era atribuible a las medidas TPP a través del cambio a productos de menor precio y la reducción de las ventas globales al por mayor causados por las medidas TPP.¹²⁷² La semejanza entre esas constataciones bien puede ser responsable de gran parte de la confusión de los participantes en cuanto a la interpretación correcta de las constataciones del Grupo Especial.¹²⁷³ Sin embargo, la *proporción* entre las ventas de gama alta y de gama baja y el *volumen* absoluto de ventas de gama alta son claramente dos cosas distintas.

6.454. La impugnación formulada por la República Dominicana al amparo del artículo 11 del ESD se refiere a la constatación del Grupo Especial de que al menos parte de la repercusión de las medidas TPP en la proporción es atribuible a la reducción global de las ventas de cigarrillos al por mayor causada por las medidas TPP.¹²⁷⁴ Observamos que la República Dominicana considera que se trata de un error importante del Grupo Especial porque, a juicio de este país, el Grupo Especial rechazó el aspecto relativo al valor de su argumento sobre el cambio a productos de menor precio basándose en que "los reclamantes no habían demostrado que la disminución de las ventas de cigarrillos de gama alta en relación con los de gama baja revelase 'solo' o 'exclusivamente' el cambio a productos de menor precio por los consumidores, en contraposición a los resultados de otros fenómenos de mercado".¹²⁷⁵ Como hemos explicado antes, esta es una interpretación incorrecta del

¹²⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1356-1357. Según la República Dominicana, el Grupo Especial se basó en un gráfico, la figura E.6 del apéndice E del informe del Grupo Especial, para concluir que parte del cambio en las ventas de cigarrillos era atribuible a la disminución de las ventas globales al por mayor causada por las medidas TPP. (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1348-1354). La República Dominicana no parece impugnar la exactitud de este gráfico *per se*, sino que más bien afirma que el Grupo Especial incurrió en error, tanto de manera sustantiva como en lo que respecta al procedimiento, al basarse en este gráfico para concluir que al menos parte de la reducción de la proporción entre las ventas de cigarrillos de mayor precio y de menor precio se debió a la reducción global del consumo resultante de las medidas TPP. (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1366-1382; y respuestas de la República Dominicana a preguntas formuladas en la primera audiencia).

¹²⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 343.

¹²⁷¹ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafos 55 y 56.c. No estamos de acuerdo con la lectura que hace Australia del apéndice E, y consideramos que el Grupo Especial constató que las medidas TPP contribuyeron al cambio de la proporción entre las ventas de gama alta y de gama baja y que las medidas TPP causaron este cambio a través del cambio a productos de menor precio y de una reducción más general de las ventas al por mayor. (Respuestas de Australia a preguntas formuladas en la primera audiencia; e informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafos 55 y 56.c).

¹²⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197.

¹²⁷³ Véase los párrafos 6.428-6.429 *supra*.

¹²⁷⁴ Véase el párrafo 6.451 *supra*. También tomamos nota del argumento de la República Dominicana de que el Grupo Especial incurrió en error al basarse en el análisis que realizó en el apéndice E para concluir que las medidas TPP dieron lugar a una reducción en las ventas globales al por mayor. (Véase, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1372-1374 y 1379). No estamos de acuerdo. En nuestra opinión, la constatación fáctica del Grupo Especial de que las medidas TPP dieron lugar a una reducción en las ventas de cigarrillos al por mayor se basa por completo en su análisis del apéndice D, donde concluye que: "las medidas TPP ... contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor". (Véase el informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137.c).

¹²⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1340. (no se reproduce la nota de pie de página)

informe del Grupo Especial.¹²⁷⁶ El único aspecto de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el apéndice E que era pertinente para el análisis que hizo el Grupo Especial de la repercusión del cambio a productos de menor precio en el valor de los productos de tabaco importados era la constatación de que las medidas TPP contribuyeron al menos al cambio de la proporción de ventas de cigarrillos, incluso a través del cambio a productos de menor precio.¹²⁷⁷ Por consiguiente, discrepamos de la República Dominicana en que la constatación del Grupo Especial relativa a los distintos mecanismos por los cuales las medidas TPP causaron el cambio de la proporción era pertinente para el análisis realizado por el Grupo Especial de la restrictividad del comercio. De hecho, la constatación formulada por el Grupo Especial en el apéndice E de que la reducción de la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de precio más alto y los cigarrillos de precio bajo representa tanto una "sustitución a la baja" causada por las medidas TPP como "la reducción global del volumen total de ventas al por mayor causada por la introducción de las medidas TPP y las ASG ampliadas"¹²⁷⁸ es en esencia una constatación de hecho innecesaria del Grupo Especial.¹²⁷⁹

6.455. Tenemos reservas en cuanto a esta constatación innecesaria del Grupo Especial. La constatación del Grupo Especial de que parte del cambio de la proporción es atribuible a la disminución de las ventas globales al por mayor significa que, si no se hubiera producido el cambio a productos de menor precio, habría habido no obstante una disminución en la proporción entre las ventas de gama alta y de gama baja. A nuestro parecer, el Grupo Especial no indicó ningún fundamento para esta constatación fáctica.

6.456. Observamos que la única razón del Grupo Especial para afirmar que parte del descenso de la proporción es atribuible a una disminución general de las ventas al por mayor es que "la disminución de las ventas al por mayor de cigarrillos de precio más alto ha sido más rápida que la de los cigarrillos de precio bajo".¹²⁸⁰ Aunque esta afirmación no tiene notas, parece basarse en las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el párrafo 14 del apéndice E de que: i) "la proporción de los fumadores que prefieren marcas de precio alto ha disminuido, mientras que la proporción de los que prefieren marcas de precio bajo ha presentado un aumento pequeño pero positivo"; y ii) "la proporción de los fumadores que prefieren marcas de precio alto ha disminuido, en promedio, a un ritmo mucho más rápido que la proporción de los fumadores que prefieren marcas de precio bajo, lo cual confirma la disminución de la prevalencia de tabaquismo".¹²⁸¹ El Grupo Especial añadió en ese párrafo que esto explicaba por qué "la diferencia entre la proporción de los fumadores que prefieren marcas de precio alto y la de los que prefieren marcas de precio bajo ha seguido descendiendo en promedio después de la introducción de las medidas TPP".¹²⁸²

¹²⁷⁶ Véanse los párrafos 6.428-6.434 *supra*.

¹²⁷⁷ Véase el párrafo 6.434 *supra*. Recordamos, en particular, las constataciones del Grupo Especial de que los reclamantes habían "demostrado que las medidas TPP han contribuido a reducir el volumen de las importaciones de productos de tabaco premium, tanto en términos absolutos como relativos" y de que, "como se explica más detenidamente en el apéndice E, un análisis detallado de los resultados económicos presentados por los reclamantes nos ha llevado a concluir que hay algunas pruebas, aunque limitadas, de que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas introducidas en la misma fecha, parecen haber tenido un efecto negativo en la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de mayor precio y las de cigarrillos de bajo precio". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1196 (no se reproduce la nota de pie de página)). Esto bastó para que el Grupo Especial procediera a examinar en qué medida el cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP había dado lugar a una disminución del volumen y el valor de los productos de tabaco importados. (*Ibid.*, párrafos 7.1196-7.1197 y 7.1221).

¹²⁷⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 56.c. Véase también, *ibid.*, apéndice E, párrafo 55.

¹²⁷⁹ En la primera audiencia, la República Dominicana aclaró que, en su opinión, incluso aunque el Grupo Especial no se hubiera basado en un criterio de "causa exclusiva", las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el apéndice E son no obstante incompatibles con el artículo 11 del ESD porque el Grupo Especial atribuyó erróneamente parte del cambio de la proporción a una reducción global de las ventas al por mayor causada por las medidas TPP, y que ese error sigue siendo pertinente para la determinación correcta del grado exacto de restrictividad del comercio de las medidas TPP. Observamos que el Grupo Especial atribuyó la reducción de la proporción de ventas al *cambio a productos de menor precio* y a una *reducción del volumen total de ventas al por mayor*, y que también atribuyó esos dos efectos a las medidas TPP. Por lo tanto, la dicotomía del Grupo Especial entre los mecanismos exactos por los cuales las medidas TPP afectaron al cambio de la proporción no parece pertinente para el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP.

¹²⁸⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 55. Véanse también *ibid.*, apéndice E, párrafo 56.c.

¹²⁸¹ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 14. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹²⁸² Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 14.

6.457. Señalamos, sin embargo, que esas constataciones del párrafo 14 del apéndice E se refieren a la *proporción* de fumadores en la población, medida como porcentaje de la población total.¹²⁸³ Esas constataciones explican que, dado que las medidas TPP causaron la disminución del volumen global de las ventas de cigarrillos, tiene sentido que disminuyera el porcentaje de la población que fuma cigarrillos de gama alta (así como el porcentaje de la población que fuma cigarrillos de gama baja). Por lo tanto, el efecto combinado del cambio a productos de menor precio y de la disminución de las ventas globales al por mayor fue una disminución más acusada en la proporción de fumadores de gama alta que en la proporción de fumadores de gama baja. Esas constataciones constituyeron el fundamento de la conclusión formulada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.1197 de su informe, de que el descenso de las ventas de productos de tabaco premium podía atribuirse a las medidas TPP a través del cambio a productos de menor precio y de la disminución global de las ventas al por mayor.¹²⁸⁴ Sin embargo, esas constataciones no muestran, en modo alguno, cómo o por qué consideró el Grupo Especial que la disminución de las ventas al por mayor contribuyó al cambio de la *proporción* entre las ventas de gama alta y de gama baja.¹²⁸⁵ En efecto, habida cuenta de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en los párrafos 7.1196 y 7.1197 de su informe, así como en el párrafo 14 del apéndice E, parece que en los párrafos 55 y 56.c del apéndice E probablemente se debería haber hecho referencia a que la reducción de la *cantidad de ventas al por mayor de cigarrillos de gama alta* se debía en parte al cambio a productos de menor precio y en parte a la reducción global del volumen total de ventas al por mayor, y no a que la disminución de la *proporción entre las cantidades* fuera atribuible a esas causas.

6.458. Dado i) que la constatación fáctica innecesaria del Grupo Especial de que parte del cambio de la proporción fue causado por una disminución de las ventas globales al por mayor no era importante para sus conclusiones con respecto a la restrictividad del comercio, y ii) que esta constatación fáctica carece de cualquier fundamento en el informe del Grupo Especial, declaramos superflua la constatación formulada por el Grupo Especial, en los párrafos 55 y 56.c del apéndice E, de que el descenso de la proporción entre las ventas de cigarrillos de gama alta y de gama baja obedeció parcialmente a la disminución de los volúmenes globales de ventas de cigarrillos al por mayor atribuible a las medidas TPP. Habiendo declarado superflua la constatación pertinente en que se basan las alegaciones formuladas por la República Dominicana al amparo del artículo 11, no es necesario que abordemos dichas alegaciones.

6.1.3.4 Conclusión

6.459. Por las razones explicadas *supra*, constatamos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en el párrafo 7.1255 de su informe, que:

[L]as medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, tienen un "efecto limitativo" en el comercio. Concluimos asimismo que, si bien es plausible que las medidas puedan también, con el tiempo, afectar al valor general de las importaciones de tabaco, las pruebas que tenemos ante nosotros no muestran que eso haya ocurrido hasta la fecha. Además, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP impongan condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia o costos de cumplimiento de tal magnitud que equivaldrían a un efecto limitativo en el comercio.¹²⁸⁶

¹²⁸³ Véase el informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 14 y figura E.6.

¹²⁸⁴ Específicamente, el Grupo Especial afirmó que la disminución del consumo de productos de tabaco premium no podía haber sido causada exclusivamente por el cambio a productos de menor precio, porque "teniendo en cuenta que el consumo general de productos de tabaco ha disminuido, al menos parte de esa disminución del consumo de productos de tabaco premium no ha sido sustituida por el consumo de productos no premium". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197).

¹²⁸⁵ Es razonable suponer que, de no ser por el cambio a productos de menor precio, en un mercado en que el consumo global está disminuyendo, la proporción entre las ventas de gama alta y de gama baja podría permanecer totalmente constante. A este respecto, no excluimos la posibilidad de que, como cuestión de hecho, una reducción del volumen de las ventas al por mayor pueda, en y por sí misma, dar lugar a cambios en las pautas del consumo con respecto a los productos de gama alta y de gama baja, bien por alguna singularidad del mercado o incluso como fenómeno más general. Sin embargo, las constataciones del Grupo Especial no revelan por qué se produciría tal resultado, y tampoco nos parece que ese resultado sea intuitivo o necesario, de modo que la constatación fáctica del Grupo Especial se justifique por sí misma.

¹²⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

6.1.4 Medidas alternativas

6.1.4.1 Panorama general

6.460. Los apelantes nos solicitan que revoquemos las constataciones del Grupo Especial de que dos de las medidas alternativas que propusieron los reclamantes -a saber, un aumento de la EMCL de productos de tabaco y un aumento de la tributación de los productos de tabaco en Australia- no eran medidas alternativas razonablemente disponibles que serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP y al mismo tiempo harían una contribución equivalente al objetivo legítimo de Australia.¹²⁸⁷ En consecuencia, los apelantes nos solicitan que revoquemos la conclusión general formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC¹²⁸⁸ de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido de esa disposición.¹²⁸⁹

6.461. El Órgano de Apelación ha señalado que la comparación del reglamento técnico impugnado con posibles medidas alternativas es una herramienta conceptual para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario.¹²⁹⁰ En particular, como parte de su acreditación *prima facie* de que un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario, un reclamante¹²⁹¹ puede tratar de identificar una posible medida alternativa que: i) sea menos restrictiva del comercio que el reglamento técnico impugnado; ii) haga una contribución al objetivo legítimo que sea equivalente a la del reglamento técnico impugnado; y iii) esté razonablemente disponible para el Miembro demandado.¹²⁹²

6.462. En lo que respecta a las dos medidas alternativas en litigio en los presentes procedimientos de apelación, el Grupo Especial señaló que Honduras y la República Dominicana habían descrito la primera medida propuesta como un aumento de la EMCL de productos de tabaco en Australia de 18 años a 21 años¹²⁹³, y la segunda medida propuesta como un aumento de los impuestos especiales sobre los productos de tabaco ajustado para lograr el grado de reducción del consumo de tabaco logrado por las medidas TPP.¹²⁹⁴ Australia adujo que estas medidas son "réplicas exactas" de

¹²⁸⁷ Ante el Grupo Especial, los reclamantes propusieron cuatro medidas alternativas que consideraban que eran menos restrictivas del comercio que las medidas TPP y al mismo tiempo podían hacer una contribución equivalente al objetivo de Australia. Las cuatro medidas propuestas son: i) un aumento de la EMCL de productos de tabaco en Australia; ii) un aumento de la tributación de los productos de tabaco; iii) "mejoras" en las campañas de mercadotecnia social de Australia, o campañas de mercadotecnia social "eficaces" en Australia; y iv) un mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1392, 7.1472, 7.1546 y 7.1625-7.1627). En los presentes procedimientos de apelación solo están en litigio las medidas i) y ii).

¹²⁸⁸ Informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.1732 y 8.1.a; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.1732 y 8.1.b.i.

¹²⁸⁹ Anuncio de apelación presentado por Honduras, página 5 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.1468-7.1471, 7.1542-7.1545 y 7.1724-7.1732); y anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafos 4 y 12-13 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.1362-7.1391, 7.1398-7.1402, 7.1411-7.1418, 7.1432-7.1464, 7.1468-7.1471, 7.1476-7.1480, 7.1490-7.1496, 7.1506-7.1531, 7.1542-7.1545, 7.1717-7.1723, 7.1732 y 8.1.b.i).

¹²⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320.

¹²⁹¹ Recordamos que la carga de demostrar que un reglamento técnico es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 recae sobre el reclamante. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323).

¹²⁹² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 323; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 379; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.213.

¹²⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1395. El Grupo Especial también tomó nota del argumento de la República Dominicana de que, para el caso de que el Grupo Especial considerara que una mayor reducción del consumo de tabaco lograda mediante un aumento de la EMCL de 18 a 21 años suponía necesariamente por sí misma una mayor restrictividad del comercio, la República Dominicana proponía un enfoque "ajustado" con arreglo al cual la EMCL se podría aumentar a 19 o 20 en lugar de a 21, de modo que la contribución a la reducción del consumo de tabaco mediante el aumento de la EMCL siguiera siendo equivalente a cualquier contribución que pudieran hacer las medidas TPP. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1396 (donde se hace referencia a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 157 del Grupo Especial, párrafo 133)).

¹²⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1474. El Grupo Especial señaló que, en lugar de prescribir un nivel de tributación o una forma de implementación concretos, Honduras y la República Dominicana sostenían que el aumento de la tributación podría fijarse en el nivel necesario para hacer la contribución deseada al objetivo de Australia. (*Ibid.*) En consecuencia, el Grupo Especial indicó que procedería sobre la base de que la medida alternativa propuesta por los reclamantes era un "aumento del impuesto especial que grava los productos de tabaco, con flexibilidad en cuanto a la magnitud ... y la forma [exactas] de ese aumento de

medidas que Australia ya había aplicado como parte de su política integral de control del tabaco (en el caso de un aumento de la tributación), o solo "ligeras variaciones" de dichas medidas (en el caso de un aumento de la EMCL).¹²⁹⁵ Sobre esta base, Australia sostuvo que ninguna de las dos medidas propuestas puede considerarse una "verdadera" alternativa a los efectos de la evaluación jurídica en el marco del párrafo 2 del artículo 2.¹²⁹⁶

6.463. El Grupo Especial constató que, si bien las dos medidas alternativas en cuestión eran *variaciones* de medidas que ya existían en Australia (a saber, la EMCL existente fijada en 18 años y los aumentos pasados y previstos en la tributación sobre los productos de tabaco en Australia), aun así podían ser consideradas "alternativas" a las medidas TPP¹²⁹⁷ en el sentido de que "todavía no existen en el Miembro en cuestión, o al menos no en la forma concreta que propone el reclamante".¹²⁹⁸ El Grupo Especial también constató que ambas medidas estaban razonablemente disponibles para Australia.¹²⁹⁹ Estas constataciones no se impugnan en apelación.

6.464. En cambio, el Grupo Especial constató que los reclamantes no habían demostrado que: i) cada una de las dos medidas alternativas sería *menos restrictiva del comercio* que las medidas TPP¹³⁰⁰; y que ii) cada medida alternativa haría una contribución al objetivo de Australia *equivalente* a la de las medidas TPP.¹³⁰¹

6.465. Los apelantes alegan que al llegar a estas conclusiones el Grupo Especial incurrió en un error de derecho en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Además, la República Dominicana plantea alegaciones separadas en el marco del artículo 11 del ESD, por las que impugna determinados aspectos de la evaluación que hizo el Grupo Especial de la restrictividad del comercio y la contribución relativas de las medidas alternativas. Australia nos solicita que desestimemos las alegaciones de los apelantes en su totalidad.¹³⁰²

6.466. Abordaremos sucesivamente cada una de las alegaciones de los apelantes.

6.1.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en su evaluación de la restrictividad del comercio relativa de las medidas alternativas

6.467. Los apelantes alegan que el Grupo Especial incurrió en error de derecho¹³⁰³ en el marco del párrafo 2 del artículo 2 al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las dos medidas alternativas en litigio serían *menos restrictivas del comercio* que las medidas TPP, porque esas conclusiones se basaban en las constataciones erróneas del Grupo Especial, formuladas anteriormente en su informe, relativas al grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP. Según los apelantes, en su evaluación de la restrictividad del comercio de las medidas TPP, el Grupo Especial adoptó una interpretación demasiado restringida del concepto de "restrictividad del comercio" y, en lugar de centrarse en la repercusión de las medidas en las oportunidades de competencia de los productos de tabaco basándose en su diseño, estructura y funcionamiento

impuestos en función del grado de contribución que se constate logran las medidas TPP". (*Ibid.*, párrafo 7.1475).

¹²⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1353, 7.1355 y 7.1377.

¹²⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1377.

¹²⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1400-7.1402 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1468 (respecto de un aumento de la tributación).

¹²⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1385 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328). (el resalte es del Grupo Especial)

¹²⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1467 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1541 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1417 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1495 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1464 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1531 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁰² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 423.

¹³⁰³ Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al evaluar la restrictividad del comercio relativa de las dos medidas alternativas. (Anuncio de apelación presentado por Honduras, páginas 4-5; y comunicación del apelante presentada por Honduras, sección VII). La República Dominicana alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2. (Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 12; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1394).

previsto, exigió pruebas empíricas sobre los efectos reales en el comercio de las medidas TPP.¹³⁰⁴ Los apelantes consideran que, si el Grupo Especial hubiese constatado debidamente que las medidas TPP restringen el comercio ya que, por su diseño, reducen las oportunidades de competencia derivadas de la diferenciación de marcas, habría llegado a una conclusión diferente, a saber, que las medidas TPP son más restrictivas del comercio que las medidas alternativas porque estas últimas medidas no limitan de manera similar las oportunidades de competencia de los productos de tabaco.¹³⁰⁵

6.468. Australia señala que las alegaciones de error de los apelantes relativas al análisis realizado por el Grupo Especial de la "restrictividad del comercio" de las medidas alternativas propuestas son "totalmente consiguientes" a su alegación de que el Grupo Especial aplicó un criterio jurídico erróneo al determinar la restrictividad del comercio de las medidas TPP.¹³⁰⁶ En consecuencia, Australia aduce que, si confirmáramos la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP son restrictivas del comercio únicamente en tanto en cuanto tienen un efecto limitativo en el volumen de productos de tabaco importados, concluiríamos necesariamente que las medidas alternativas propuestas son al menos tan restrictivas del comercio como las medidas TPP.¹³⁰⁷ Esto se debe a que, dado que el mercado de Australia se abastece por completo mediante productos de tabaco importados¹³⁰⁸, toda contribución equivalente al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos conllevaría necesariamente un efecto limitativo equivalente en el comercio internacional en lo que respecta al volumen de productos de tabaco importados.¹³⁰⁹

6.469. El Órgano de Apelación ha señalado que una evaluación del grado de restrictividad del comercio de una medida se puede realizar tanto en términos cuantitativos como cualitativos, según proceda en las circunstancias particulares de un determinado caso.¹³¹⁰ El Grupo Especial en estos procedimientos examinó y comparó los grados respectivos de restrictividad del comercio de las medidas TPP y cada medida alternativa en términos cualitativos.

6.470. Recordamos que, en relación con la restrictividad del comercio de las medidas TPP, los reclamantes adujeron ante el Grupo Especial que la reducción de las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de la diferenciación de las marcas, resultante de las medidas TPP, equivale a un efecto limitativo en el comercio internacional (es decir, una restrictividad del comercio) en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.¹³¹¹ Los reclamantes también alegaron que las medidas TPP restringen el comercio porque: i) crean obstáculos a la entrada en el mercado australiano¹³¹²; ii) tienen un efecto limitativo en el volumen y el valor del comercio de productos de tabaco¹³¹³; iii) conllevan costos de cumplimiento¹³¹⁴; y vi) las sanciones previstas en las medidas TPP constituyen una restricción del comercio internacional.¹³¹⁵ El Grupo Especial no estuvo de acuerdo con la tesis de que la modificación del entorno de competencia ocasionada por las medidas TPP, que afecta a todos los productos de tabaco en la totalidad del mercado, sea suficiente, por sí misma, para establecer la restrictividad del comercio de las medidas TPP.¹³¹⁶ Más bien, el Grupo Especial consideró que "es preciso demostrar *cómo* dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia

¹³⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 562-564; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1395 y 1418-1420.

¹³⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 560, 565 y 574; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1390 y 1419.

¹³⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 369. (no se reproduce el resalte)

¹³⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 372.

¹³⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1207.

¹³⁰⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 372-373. Australia sostiene además que no sería necesario que examináramos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en relación con la contribución de las medidas alternativas si confirmáramos las constataciones formuladas por este con respecto a la restrictividad del comercio de las medidas TPP. (*Ibid.*, párrafo 374).

¹³¹⁰ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 145; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477; y *CE - Productos avícolas*, párrafos 126-127).

¹³¹¹ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.1090 y 7.1105.

¹³¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1172.

¹³¹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1189-7.1190.

¹³¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1228.

¹³¹⁵ Cuba fue el único reclamante que esgrimió este argumento ante el Grupo Especial. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1247)

¹³¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco".¹³¹⁷ Sobre esta base, el Grupo Especial procedió a examinar los argumentos individuales de los reclamantes expuestos en los puntos i) a iv) *supra*.¹³¹⁸

6.471. El Grupo Especial rechazó las afirmaciones de los reclamantes de que las medidas TPP restringen el comercio como se expone en los puntos i), iii) y iv) *supra*.¹³¹⁹ Esas constataciones no han sido objeto de apelación. En lo que respecta al punto ii), el Grupo Especial constató que, en tanto en cuanto las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, reducen el *volumen* de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, restringen el comercio a ese respecto.¹³²⁰ En cuanto a la repercusión de las medidas en el valor de los productos de tabaco importados, el Grupo Especial constató que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP hubiesen reducido el valor de esas importaciones en el mercado australiano.¹³²¹ Por el contrario, el Grupo Especial señaló que las pruebas indicaban que hasta entonces las medidas habían dado lugar a un aumento del precio de los cigarrillos que había neutralizado con creces la disminución de la cantidad de cigarrillos consumidos y había contribuido con ello a aumentar el valor general del mercado.¹³²² No obstante, al mismo tiempo el Grupo Especial no "exclu[yó]" que las medidas TPP pudieran, con el tiempo, afectar el valor general de las importaciones de tabaco como resultado de una caída de los precios derivada de un cambio a productos de menor precio.¹³²³

6.472. Pasando a la restrictividad del comercio de las dos medidas alternativas en cuestión, el Grupo Especial examinó si cada una de estas medidas restringiría menos el comercio que las medidas TPP, examinando la repercusión de cada medida en el volumen de los productos de tabaco importados, así como otras consideraciones.

6.473. En cuanto a un aumento de la EMCL, el Grupo Especial señaló que esta medida alternativa "eliminaría la capacidad de las empresas tabacaleras para vender sus productos a personas menores de 21 años y cualesquiera oportunidades de competencia relacionadas con tales ventas, incluso en el caso de productos de tabaco importados".¹³²⁴ El Grupo Especial señaló en este contexto "la importancia de los jóvenes fumadores para la industria tabacalera".¹³²⁵ El Grupo Especial indicó además que, puesto que aumentar la EMCL haría una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el uso de productos de tabaco y la exposición a estos productos equivalente a la de las medidas TPP mediante la reducción del consumo global de productos de tabaco, ello afectaría el volumen total de importaciones de productos de tabaco en un grado proporcional al de las medidas TPP.¹³²⁶ Además, el Grupo Especial señaló que, dado que las pruebas presentadas constituían "únicamente una base muy limitada" para evaluar con "algún grado de precisión" las consecuencias potenciales que tendría aumentar la EMCL, no tenía motivos para suponer que la repercusión de esta medida en el valor total de las importaciones sería menor que la observada en relación con las medidas TPP.¹³²⁷ Habida cuenta de esos elementos, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que un aumento de la EMCL a 21 años necesariamente sería menos restrictivo del comercio que las medidas TPP.¹³²⁸

6.474. En lo que respecta a un aumento de la tributación, el Grupo Especial señaló que, puesto que un aumento de la tributación se ajustaría para tener el mismo grado de contribución que las medidas TPP a la reducción del uso de los productos de tabaco y la exposición a esos productos¹³²⁹,

¹³¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168. (con resalte en el original)

¹³¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1172-7.1254.

¹³¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1187, 7.1246 y 7.1254.

¹³²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1208.

¹³²¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1225 y 7.1255.

¹³²² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1218, 7.1221 y 7.1224. En lo que respecta a los cigarros (puros) y cigarrillos (puritos), el Grupo Especial señaló que las pruebas que tenía ante sí eran "algo menos claras", y que ninguna de las partes había presentado pruebas econométricas que evaluaran las consecuencias de las medidas TPP en las importaciones de cigarros. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1219).

¹³²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1225. Véase también, *ibid.*, párrafo 7.1255.

¹³²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1413.

¹³²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1413.

¹³²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1414.

¹³²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1416.

¹³²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1417.

¹³²⁹ Como se ha señalado en el párrafo 6.462 *supra* y la nota 1294 a dicho párrafo, los reclamantes caracterizaron el aumento de la tributación propuesto como un aumento del impuesto especial ajustado para

y por consiguiente tendría la misma repercusión en el consumo general de dichos productos, restringiría el comercio tanto como las medidas TPP en lo relativo a su repercusión en el volumen del comercio de productos de tabaco.¹³³⁰ El Grupo Especial señaló además que ciertos tipos de medidas impositivas pueden dar lugar al mismo tipo de cambio a productos de menor precio que los reclamantes habían aducido que se derivaría de las medidas TPP.¹³³¹ El Grupo Especial también señaló que la elevación de los precios resultante de la tributación puede conllevar otros efectos en la competencia de productos y marcas, como por ejemplo que las marcas de bajo costo tengan una mayor cuota de mercado, alterando las posiciones competitivas relativas de los proveedores de cigarrillos, y que el consumo se desplace hacia el tabaco para armar.¹³³² Habida cuenta de esos elementos, "no ... queda[ba] claro [al Grupo Especial] cómo un aumento de la tributación abordaría o evitaría las preocupaciones sobre el 'cambio a productos de menor precio'/sustitución a la baja que ha[bían] expresado los reclamantes en relación con las medidas TPP o cualquier efecto resultante en el valor total del comercio de productos de tabaco".¹³³³ En consecuencia, "en definitiva", el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que un aumento de la tributación del tabaco sería menos restrictivo del comercio que las medidas TPP.¹³³⁴

6.475. Como hemos señalado *supra*¹³³⁵, los apelantes relacionan las alegaciones de error que han formulado respecto de la restrictividad del comercio relativa de las medidas alternativas con las alegaciones de error que han formulado respecto de la restrictividad del comercio de las medidas TPP. En particular, entendemos que la aseveración principal de los apelantes es que, como las medidas TPP reducen las oportunidades de competencia derivadas de la diferenciación de marcas, estas medidas, en razón de su diseño, restringen el comercio.¹³³⁶ La República Dominicana también considera que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las pruebas empíricas no mostraban un cambio por parte de los consumidores a productos de menor precio como consecuencia de las medidas TPP que, según la República Dominicana, confirmaba la pérdida de oportunidades de competencia.¹³³⁷

6.476. Ya hemos constatado, en la sección 6.1.3 de estos informes, que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación o aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al rechazar, en las circunstancias particulares de estas diferencias, las afirmaciones de los reclamantes de que: i) la reducción de la diferenciación de marcas (es decir, una modificación del entorno competitivo en el mercado de productos de tabaco), por sí misma, era suficiente para establecer el efecto limitativo requerido en el comercio internacional; y ii) las medidas TPP restringen el comercio debido a su repercusión en el valor general de los productos de tabaco importados.¹³³⁸

6.477. En estas circunstancias, no vemos que haya fundamento suficiente para constatar que el Grupo Especial incurriera en error al concluir que no se había demostrado que ninguna de las dos medidas fuera menos restrictiva del comercio que las medidas TPP. En particular, ponemos de relieve la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP restringen el comercio en tanto en cuanto afectan el volumen de productos de tabaco importados. Observamos a este respecto que el Grupo Especial constató que el mercado australiano se abastece por completo mediante productos de tabaco importados.¹³³⁹ El Grupo Especial consideró en consecuencia que una medida alternativa que pueda hacer un grado de contribución al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos equivalente al de las medidas TPP sería tan restrictiva del comercio como las medidas TPP, en lo que concierne al volumen de las importaciones. En los presentes procedimientos de apelación, los apelantes no han explicado específicamente por qué esto no ocurre en el caso de las dos medidas alternativas en cuestión.

lograr cualquier reducción del consumo de tabaco resultante de las medidas TPP. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1474).

¹³³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1490-7.1491.

¹³³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1492.

¹³³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1493.

¹³³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1494.

¹³³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1495.

¹³³⁵ Véase el párrafo 6.467 *supra*.

¹³³⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 563-565 y 573-574; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1390 y 1418-1419.

¹³³⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1418.

¹³³⁸ Véase el párrafo 6.459 *supra*.

¹³³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1207.

6.478. Además, aunque las medidas TPP pudieran considerarse restrictivas del comercio porque modifican el entorno competitivo en el mercado de productos de tabaco de Australia y/o afectan al precio/valor general de los productos de tabaco¹³⁴⁰, como alegan los apelantes, observamos que el Grupo Especial abordó consideraciones pertinentes a la cuestión de si cada medida alternativa también repercutiría en el entorno competitivo y/o el precio y valor general de los productos de tabaco importados, y en qué grado lo haría, y constató que, en general, no se había demostrado que tales repercusiones fueran menos significativas que las repercusiones de las medidas TPP.¹³⁴¹ Señalamos a este respecto que, en sus comunicaciones del apelante, los apelantes han presentado pocos argumentos con respecto a la manera exacta en que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al formular estas constataciones, o el motivo por el que debería haber constatado que los reclamantes habían demostrado que las medidas TPP restringen más el comercio que las dos medidas alternativas en estos aspectos adicionales.

6.479. A la luz de estas consideraciones, constatamos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación o aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al rechazar la afirmación de los reclamantes de que las dos medidas alternativas en cuestión restringen menos el comercio que las medidas TPP.

6.1.4.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en su evaluación de la contribución relativa de las medidas alternativas

6.480. Los apelantes alegan que el Grupo Especial incurrió en error de derecho¹³⁴² en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que los reclamantes no habían demostrado que cada una de las dos medidas alternativas haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la contribución de las medidas TPP.

6.481. Los apelantes señalan que el Grupo Especial constató que el objetivo de las medidas TPP pertinente para su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 era "una reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos"¹³⁴³ o una "reducción del tabaquismo".¹³⁴⁴ Los apelantes subrayan que, en relación con ese objetivo, el Grupo Especial constató que las medidas TPP y las dos medidas alternativas son igualmente adecuadas para hacer una contribución "significativa".¹³⁴⁵ No obstante, el Grupo Especial concluyó que la contribución de cada medida alternativa no sería equivalente a la contribución de las medidas TPP. A juicio de los apelantes, se llegó de forma errónea a las conclusiones del Grupo Especial porque: i) el Grupo Especial rechazó que existiera equivalencia basándose en el hecho de que las medidas alternativas contribuyen al objetivo de Australia mediante mecanismos diferentes a los de las medidas TPP¹³⁴⁶; y ii) el Grupo Especial no efectuó una comparación adecuada entre las contribuciones de las medidas impugnadas

¹³⁴⁰ Como se ha señalado, el Grupo Especial reconoció que las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de la diferenciación de marcas.¹³⁴⁰ (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167). El Grupo Especial tampoco "exclu[yó]" que esta modificación del entorno competitivo pudiera, con el tiempo, afectar al precio y/o valor general de los productos de tabaco importados, aunque constató que las pruebas no mostraban que eso hubiera ocurrido "hasta la fecha". (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1225 y 7.1255).

¹³⁴¹ Véanse los párrafos 6.473-6.474 *supra*.

¹³⁴² En su anuncio de apelación, Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error tanto en su interpretación como en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (Anuncio de apelación presentado por Honduras, páginas 4-5). La República Dominicana alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2. (Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 13).

¹³⁴³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 612.

¹³⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1435.

¹³⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 616; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1495 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.1453 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1523 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁴⁶ Más específicamente, Honduras alega que: i) el Grupo Especial consideró erróneamente la contribución de las medidas alternativas no a la luz del objetivo legítimo determinado por el Grupo Especial, sino a la luz de los mecanismos específicos mediante los cuales se suponía que las medidas de empaquetado genérico funcionaban para cumplir este objetivo; y, ii) al utilizar el término "sustituir" a lo largo de su análisis de la equivalencia, el Grupo Especial examinó erróneamente si la medida alternativa ofrece una contribución idéntica mediante el mismo mecanismo, que la medida impugnada. (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 620 y 632-634). La República Dominicana aduce que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar las alternativas propuestas sobre la base de que contribuían al objetivo de Australia de reducir el consumo de tabaco por medios distintos a los de las medidas TPP. (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1492).

y las alternativas, al tomar en cuenta las "sinergias" presuntamente creadas entre las medidas TPP y las otras medidas de control del tabaco existentes en Australia, y al mismo tiempo no tomar en consideración las nuevas sinergias que cada una de las medidas alternativas podía crear con las mismas medidas existentes.¹³⁴⁷

6.482. Australia cuestiona la afirmación de los apelantes de que, al utilizar la misma palabra, a saber, "significativa", el Grupo Especial constató que las medidas alternativas propuestas harían grados de contribución al objetivo de Australia equivalentes al de las medidas TPP.¹³⁴⁸ Australia subraya a este respecto que el Grupo Especial señaló que un aumento de la EMCL a 21 años "sería, en principio, *adecuado para hacer una contribución significativa* al objetivo de Australia", y que un aumento de los impuestos especiales "*podría, en principio, hacer una contribución significativa* al objetivo de Australia", pero no constató que estas medidas alternativas lograrían un grado de contribución equivalente al realizado por las medidas TPP.¹³⁴⁹ En cualquier caso, Australia señala que el Grupo Especial no rechazó que existiera equivalencia debido a los mecanismos distintos por los que funcionan las medidas alternativas. Por el contrario, el Grupo Especial señaló explícitamente que trataba de determinar el grado en que las medidas alternativas podrían contribuir al objetivo de Australia de "mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos" o "reducir el consumo de productos de tabaco"¹³⁵⁰, y que "una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio".¹³⁵¹ Además, Australia considera correcto que el Grupo Especial haya constatado que una medida alternativa que meramente sustituye las medidas TPP por un elemento existente de una estrategia global puede debilitar la política al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales, como señaló el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*.¹³⁵²

6.483. Señalamos en primer lugar que todos los participantes están de acuerdo¹³⁵³ con la formulación que hizo el Grupo Especial del criterio jurídico, aplicable a una evaluación de la "equivalencia", de que lo que es pertinente para esta evaluación es "el grado global de contribución que hace el reglamento técnico al objetivo perseguido, y no cualquier aspecto o componente individual aislado de la contribución"¹³⁵⁴, y de que "una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de *maneras diferentes* a como lo hace el reglamento técnico en litigio y existe un margen de apreciación en esa evaluación".¹³⁵⁵ Los participantes también están de acuerdo en que el criterio mediante el cual se ha de evaluar la equivalencia sigue siendo el mismo

¹³⁴⁷ Más concretamente, Honduras aduce que el Grupo Especial incurrió en error porque: i) no comparó el grado de contribución de la medida alternativa *aisladamente* con la contribución de las medidas TPP *en combinación* con las otras medidas de control del tabaco de Australia; y ii) introdujo erróneamente un "criterio distinto y más estricto" para evaluar la equivalencia de medidas que forman parte de una "estrategia integral" o un "conjunto de medidas". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 645-646, 658 y 662). La República Dominicana aduce que el Grupo Especial incurrió en error al examinar "sinergias" sobre una "base totalmente parcial" porque consideró las sinergias que presuntamente se derivaban de las interacciones entre las medidas TPP y otras medidas de control del tabaco de Australia, pero no consideró sinergias que podían surgir de la promulgación de las medidas alternativas propuestas. Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1526-1527).

¹³⁴⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 392.

¹³⁴⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 392 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1453 y 7.1523). (el resalte es de Australia)

¹³⁵⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 379 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1432 y 7.1511). (no se reproduce el resalte)

¹³⁵¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 379 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1454 (donde a su vez se hace referencia los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215).

¹³⁵² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 381 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172) y 387-389.

¹³⁵³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 585; la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1494; y la comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 379.

¹³⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1368 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.216 y 5.255 (el Grupo Especial no reproduce el resalte)).

¹³⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1369 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 373; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafos 5.215 y 5.254). (sin resalte en el original)

cuando la medida impugnada se aplica como parte de una política integral de un Miembro demandado para abordar un problema "multifacético"¹³⁵⁶, como el tabaquismo.¹³⁵⁷

6.484. Recordamos además que el Grupo Especial determinó que el objetivo de las medidas TPP pertinente para su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en las presentes diferencias era "mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹³⁵⁸ A nuestro juicio, la matización que hizo el Grupo Especial de la expresión "mejorar la salud pública" con la expresión "reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos" indica que una evaluación del grado de contribución que hace una medida a ese objetivo se centra en el grado en que esa medida contribuye a "reduci[r] el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos", más que a mejorar la salud pública de manera general. Observamos además que el Grupo Especial señaló que el objetivo de reducir la "exposición" a los productos de tabaco "está directamente vinculado con" el objetivo de reducir el "consumo" de productos de tabaco, "y es el resultado del logro de dicho objetivo".¹³⁵⁹ En este sentido, el grado en que una medida reduce el consumo de productos de tabaco -o, en otras palabras, reduce el tabaquismo- se puede considerar el elemento central del objetivo de las medidas TPP a los efectos de una evaluación de la equivalencia. En consecuencia, consideramos que Honduras y la República Dominicana no se equivocan al explicar que el Grupo Especial constató que el objetivo de las medidas TPP es "una reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos"¹³⁶⁰ o una "reducción del tabaquismo".¹³⁶¹ Australia no discute esta opinión.¹³⁶²

6.485. Además, en lo que respecta al alcance del objetivo de las medidas TPP, tomamos nota de que el Grupo Especial rechazó la afirmación de Australia de que el objetivo en cuestión también abarca lo que Australia ha denominado los tres "objetivos específicos" o "mecanismos" de las medidas, a saber: i) disminuir el atractivo de los productos de tabaco; ii) aumentar la eficacia de las ASG; y iii) reducir la capacidad de los paquetes de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar. Según el Grupo Especial, "esos 'objetivos específicos' identificados por Australia encajan mejor en la descripción que hace la propia Australia al referirse a ellos como los medios o 'mecanismos' mediante los cuales está previsto que las medidas logren el objetivo de Australia de mejorar la salud pública".¹³⁶³

6.486. Recordamos que el Grupo Especial evaluó el grado de contribución que las medidas TPP y cada una de las medidas alternativas hacen al objetivo citado *supra*. Como subrayan los apelantes, en cada caso el Grupo Especial matizó la contribución de las medidas utilizando el mismo adjetivo "significativa".¹³⁶⁴ En concreto, en lo que respecta a la contribución de *las medidas TPP*, el Grupo Especial constató que:

Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, *las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una*

¹³⁵⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1528.

¹³⁵⁷ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 658; la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1509; y la comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 396.

¹³⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

¹³⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1045. Esto se debe a que "una reducción del consumo de productos de tabaco por aquellos que los consumen entrañará una reducción de la exposición de los no consumidores a estos productos". (*Ibid.*).

¹³⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 612.

¹³⁶¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1435.

¹³⁶² Véase, por ejemplo, la comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 379, 383 y 392.

¹³⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.227. El Grupo Especial añadió que "los medios no deben confundirse con los fines en ese contexto". (*Ibid.* (donde se hace referencia a la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero al Grupo Especial, párrafo 68; y a los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 7.326)).

¹³⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1043 (respecto de las medidas TPP), 7.1453 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1523 (respecto de un aumento de la tributación).

contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹³⁶⁵

6.487. Con respecto a *un aumento de la EMCL*, el Grupo Especial constató lo siguiente:

En definitiva, y habida cuenta de lo anterior, constatamos que las pruebas que se nos han presentado indican que, a pesar de la dificultad que entraña la formulación de proyecciones precisas sobre la base de las pruebas procedentes de otras jurisdicciones de que disponemos, *el aumento de la EMCL a 21 años sería, en principio, adecuado para hacer una contribución significativa* al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹³⁶⁶

6.488. Con respecto a *un aumento de la tributación*, el Grupo Especial constató lo siguiente:

Teniendo en cuenta esas consideraciones, coincidimos en que *un aumento de los impuestos especiales sobre el tabaco en Australia podría, en principio, hacer una contribución significativa* al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹³⁶⁷

6.489. No obstante, en última instancia el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que la contribución de cada una de las medidas alternativas sería *equivalente* a la de las medidas TPP.

6.490. Aunque el razonamiento específico seguido para rechazar la equivalencia difiere ligeramente respecto de una y otra medida, en general compartimos la opinión de los apelantes de que en cada caso el Grupo Especial hizo alusión a los dos puntos siguientes: i) las medidas alternativas no abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP¹³⁶⁸; y ii) esto dejaría sin abordar un aspecto del enfoque integral adoptado por Australia respecto del control del tabaco y reduciría las "sinergias" entre los diferentes componentes de esa política.¹³⁶⁹ Al mismo tiempo, observamos que la manera en que el Grupo Especial redactó su razonamiento es algo complicada, y hay cierta ambigüedad en cuanto al motivo exacto por el que, a juicio del Grupo Especial, la contribución de cada una de las medidas alternativas (que el Grupo Especial describió como "significativa") no se puede considerar *equivalente* a la de las medidas TPP (que el Grupo Especial también describió como "significativa"). A este respecto, los apelantes observan que el Grupo Especial constató que cada medida alternativa sería adecuada para hacer un grado de contribución "significativa" al objetivo pertinente de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos que fuera *igual o similar* al que hacían las medidas TPP y que, con todo, esta contribución no se podía considerar equivalente a causa de las dos consideraciones mencionadas *supra*.

6.491. Recordamos que, en las circunstancias específicas de estos procedimientos, el Grupo Especial decidió evaluar los respectivos grados de contribución de las medidas impugnadas y alternativas en términos cualitativos, no en términos cuantitativos.¹³⁷⁰ En lo que respecta a la contribución de las medidas TPP, el Grupo Especial formuló su constatación de contribución "significativa" en el contexto de su "[c]onclusión general sobre el *grado* de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia".¹³⁷¹ De manera análoga, el Grupo Especial utilizó el adjetivo "significativa" para describir la contribución de cada medida alternativa, pese a que durante el

¹³⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043. (sin resalte en el original)

¹³⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1453. (sin resalte en el original)

¹³⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1523. (sin resalte en el original)

¹³⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1459 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1526 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1461 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1526-7.1528 (respecto de un aumento de la tributación). El Grupo Especial se apoyó en la declaración efectuada por el Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* de que "[l]a sustitución de un elemento de [la] política global [del Brasil] por otro la debilitaría, al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales". (*Ibid.*, párrafo 7.1461 y nota 3502 a dicho párrafo, y párrafo 7.1528 y nota 3633 a dicho párrafo (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172))

¹³⁷⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1040 (respecto de las medidas TPP), 7.1452 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1518-7.1522 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁷¹ Informe del Grupo Especial, título de la sección 7.2.5.3.8 (sin resalte en el original)

examen intermedio Australia había solicitado que no lo hiciera.¹³⁷² En este contexto, el Grupo Especial explicó que su uso de este adjetivo "refleja la evaluación que realiza el Grupo Especial del *grado* en que [cada] alternativa puede contribuir al objetivo de Australia".¹³⁷³ En estas circunstancias, parece razonable interpretar que el Grupo Especial indica que el grado (significativ[o]) en que cada medida alternativa podría contribuir al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos es similar o comparable al grado ("significativ[o]") en que las medidas TPP contribuyen al mismo objetivo.¹³⁷⁴

6.492. Este punto de vista también se ve confirmado por un examen más detenido de la forma en que el Grupo Especial llegó a sus constataciones de contribución "significativa" respecto de las medidas TPP y de cada una de las dos medidas alternativas. En concreto, en lo que respecta a las medidas TPP, recordamos que, al llegar a su constatación general de contribución "significativa" respecto de estas medidas, el Grupo Especial examinó: i) las pruebas relativas a su diseño, estructura y funcionamiento previsto; y ii) las pruebas relativas a su aplicación desde su entrada en vigor.¹³⁷⁵ Con respecto al punto i), el Grupo Especial constató que las pruebas respaldaban la tesis de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco puede repercutir en los tres resultados "proximales" mencionados *supra*¹³⁷⁶ (a saber, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores).¹³⁷⁷ A continuación, el Grupo Especial evaluó la medida en que estos resultados "proximales" tendrán a su vez una repercusión en la conducta tabáquica y constató que, si bien la relación existente entre las percepciones, las actitudes y los comportamientos es compleja, "cabe razonablemente esperar que una reducción del atractivo de los productos de tabaco y una mayor claridad sobre sus efectos nocivos influirán *al menos* en las conductas tabáquicas *de algunos* consumidores".¹³⁷⁸ Con respecto al punto ii), el Grupo Especial evaluó el corpus voluminoso de pruebas empíricas disponibles¹³⁷⁹ y constató que estas pruebas en general "son compatibles con una constatación de que las medidas TPP contribuyen a una reducción del [uso]o de productos de tabaco, en tanto en cuanto indican que, junto con las ASG ampliadas introducidas al mismo tiempo, el empaquetado genérico ha dado lugar a una reducción de la prevalencia de fumadores y del consumo de productos de tabaco".¹³⁸⁰

6.493. A nuestro juicio, estas constataciones intermedias del Grupo Especial parecen indicar que, al utilizar la expresión "contribución significativa" respecto de las medidas TPP, el Grupo Especial no consideró que las medidas necesariamente hagan una contribución particularmente importante al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Más bien, las declaraciones del Grupo Especial, como las de que se espera que las medidas TPP "influirán *al menos* en ... *algunos* consumidores" y de que las pruebas empíricas disponibles son "compatibles" con una constatación de que las medidas TPP, junto con las ASG ampliadas, contribuyen a una

¹³⁷² Informe del Grupo Especial, párrafos 6.58 y 6.62.

¹³⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.58. (sin resalte en el original) Véase también *ibid.*, párrafo 6.62.

¹³⁷⁴ A este respecto, Australia parece dar a entender que la utilización por el Grupo Especial de expresiones que indican una posibilidad -como "sería, en principio, adecuado para" y "podría, en principio"- respecto de las dos medidas alternativas indica que sus contribuciones serían *menos* que "significativas". (Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 392 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.1453 y 7.1523). (no se reproduce el resalte)) No compartimos esta opinión, porque también podría interpretarse que la utilización por el Grupo Especial de expresiones que indican una posibilidad refleja el hecho de que estas medidas alternativas son "una herramienta conceptual para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario" y son "de naturaleza hipotética" en el sentido de que "todavía no existen en el Miembro en cuestión, o al menos no en la forma concreta que propone el reclamante". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320; y *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.328).

¹³⁷⁵ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1024.

¹³⁷⁶ Véase el párrafo 6.485 *supra*.

¹³⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1026.

¹³⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1031. (con resalte en el original) Véase también *ibid.*, párrafos 7.697, 7.756, 7.776, 7.849, 7.854 y 7.927.

El Grupo Especial también señaló que, en un contexto normativo en el que el empaquetado del tabaco constituiría la única ocasión de transmitir una percepción positiva del producto a través de las marcas, como en el caso de Australia, "parece razonable *plantear la hipótesis de que existe alguna correlación* entre la eliminación de esos elementos de diseño y el atractivo del producto, y entre ese menor atractivo del producto y los comportamientos de los consumidores". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034 (sin resalte en el original)).

¹³⁷⁹ Informe del Grupo Especial, apéndices A-C.

¹³⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1037. Véase también *ibid.*, párrafos 7.972 y 7.986.

reducción del consumo de productos de tabaco, indican que el Grupo Especial consideró que la contribución de las medidas TPP es más bien modesta, aunque pudiera considerarse "significativa".

6.494. Pasando a las dos medidas alternativas en cuestión, observamos que el Grupo Especial llegó a su constatación de contribución "significativa" respecto de un aumento de la EMCL tomando en consideración, entre otras cosas, ciertos estudios que estimaban la repercusión de un aumento de la EMCL de 18 a 21 años sobre las tasas de inicio del consumo de tabaco entre adolescentes y la prevalencia de tabaquismo en adultos en los Estados Unidos, que indicaban disminuciones considerables de ambos parámetros en el largo plazo.¹³⁸¹ Si bien el Grupo Especial señaló que se resistía a dar por supuesto que esos resultados pudieran "extrapolarse directamente" para obtener una "indicación exacta" del grado de contribución que esa medida podría hacer en el mercado de Australia¹³⁸², el Grupo Especial no mencionó ninguna consideración que indicara que un aumento de la EMCL a 21 años sería significativamente menos efectivo en Australia que en los Estados Unidos. En lo que respecta a un aumento de la tributación, observamos que el Grupo Especial formuló la constatación de contribución "significativa" tomando en consideración, entre otras cosas, la elasticidad de la demanda de los productos de tabaco con respecto al precio, que las partes coincidieron en que se situaba en alrededor del -0,4, y que el Grupo Especial consideró "indicativa[]" de la posible contribución del aumento de la tributación al objetivo de Australia".¹³⁸³ Además, en el contexto del examen de si el aumento de los impuestos propuesto está razonablemente al alcance de Australia, el Grupo Especial señaló que esta elasticidad con respecto al precio relativamente baja (inferior a -1,0) "[es] indicativa[]" de que puede haber margen para aumentar los impuestos especiales de manera que aumenten los ingresos y se siga reduciendo el consumo de tabaco".¹³⁸⁴

6.495. A la luz de estas observaciones sobre la manera en que el Grupo Especial llegó a su constatación de contribución "significativa" en cada caso, en el análisis efectuado por el Grupo Especial no vemos nada que indique claramente que el grado global de reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos logrado por cada medida alternativa (además de cualquier reducción atribuible a las demás medidas de control del tabaco existentes en Australia) sería sustancialmente menor que el logrado por las medidas TPP, de manera que el nivel de protección perseguido por las medidas TPP y las demás medidas de control del tabaco de Australia¹³⁸⁵ supere necesariamente lo que se podría lograr razonablemente utilizando una de las medidas alternativas en sustitución de las medidas TPP.

6.496. Por estos motivos, estamos de acuerdo con los apelantes en que el informe del Grupo Especial se puede leer en el sentido de que indica que, si bien cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado ("significativ[o]") de reducción en el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos similar o comparable al grado ("significativ[o]") de reducción logrado por las medidas TPP, las contribuciones de las medidas alternativas seguirían sin llegar a ser "equivalentes" porque esas medidas alternativas: i) no abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco; y ii) socavan el carácter integral de la política de Australia al dejar sin abordar el aspecto concreto del problema multifacético que las medidas TPP tratan de abordar. Este modo de entender el razonamiento del Grupo Especial se ve respaldado por la declaración formulada por este al abordar la contribución de un aumento de la tributación de que, "incluso suponiendo que se pudiera aislar y cuantificar la *reducción exacta del consumo total* causada por las medidas TPP, un aumento de la tributación diseñado para lograr la

¹³⁸¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1448-7.1451.

¹³⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1452.

¹³⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1515-7.1518.

¹³⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1538.

¹³⁸⁵ Observamos que en su evaluación de la equivalencia el Grupo Especial no identificó el nivel específico de protección que Australia procura alcanzar. Al mismo tiempo, observamos que, en el contexto de su determinación del objetivo pertinente de las medidas TPP, el Grupo Especial tomó nota de la afirmación formulada por Cuba e Indonesia de que el Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP hacía referencia al "indicador de referencia de rendimiento" de "reducción del índice nacional de tabaquismo a un 10% para 2018 y una reducción a la mitad del índice de tabaquismo de los Aborígenes y de los Isleños del Estrecho de Torres". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.231, donde se cita Memorándum explicativo del Proyecto de Ley TPP (Pruebas documentales AUS-2, JE-7 presentadas al Grupo Especial), página 1). El Grupo Especial no estuvo de acuerdo con Cuba e Indonesia en que estos indicadores constituyeran un componente del propio objetivo de las medidas TPP, pero aceptó que "constituyen objetivos generales establecidos en relación con la reducción de las tasas de consumo de tabaco en Australia a través de las medidas TPP y otras medidas de control del tabaco" y "por lo tanto ... identifican determinado *nivel* preestablecido de logro del objetivo". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.231 (con resalte en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

misma reducción global"¹³⁸⁶ del consumo seguiría sin lograr una contribución equivalente porque "dejaría necesariamente intactos los aspectos de los productos de tabaco y el empaquetado para la venta al por menor que abordan las medidas TPP 'como parte de un conjunto más complejo de medidas orientadas hacia el mismo objetivo' de control del tabaco".¹³⁸⁷

6.497. Sobre la base de nuestro modo de entender los motivos por los que el Grupo Especial concluyó que la contribución de cada medida alternativa no sería equivalente a la de las medidas TPP, estamos de acuerdo con los apelantes en que los dos puntos mencionados por el Grupo Especial al rechazar la existencia de equivalencia no reflejan el criterio jurídico correcto en el marco del párrafo 2 del artículo 2.

6.498. En concreto, en lo que respecta al primer punto mencionado por el Grupo Especial (a saber, que las medidas alternativas no abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco), recordamos que lo que es pertinente en una evaluación de la equivalencia es "el grado global de contribución que hace el reglamento técnico al objetivo perseguido"¹³⁸⁸ y que "una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de *maneras diferentes* a como lo hace el reglamento técnico en litigio".¹³⁸⁹ También hemos observado que el Grupo Especial señaló que el objetivo en cuestión de las medidas TPP "es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹³⁹⁰ A este respecto, como se ha señalado, el Grupo Especial rechazó expresamente la afirmación de que el objetivo en cuestión abarca los tres "mecanismos" específicos de las medidas TPP, que abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco.¹³⁹¹ En estas circunstancias, no vemos ninguna razón por la que, a pesar de la constatación no controvertida de que estos mecanismos no forman parte del objetivo perseguido por las medidas TPP, las medidas alternativas propuestas no harían una contribución equivalente porque no abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco.¹³⁹²

6.499. Pasando al segundo punto a que se hace referencia en el razonamiento del Grupo Especial (a saber, que sustituir las medidas TPP por una de las medidas alternativas socavaría el carácter

¹³⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1526. (sin resalte en el original) Al mismo tiempo, observamos que, en las circunstancias específicas de las presentes diferencias, el Grupo Especial constató que la repercusión de las medidas TPP es difícil de "cuantificar ... por lo que se refiere a la magnitud de los cambios en las conductas tabáquicas" o de "separar empíricamente ... de otros factores que también afectan a la evolución de las conductas tabáquicas, incluidas las medidas de control del tabaco aplicadas simultáneamente con las medidas TPP". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1040).

¹³⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1526 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), nota 660 al párrafo 5.216).

¹³⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1368 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), párrafos 5.216 y 5.254-5.255 (el Grupo Especial no reproduce el resalte)).

¹³⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1369 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 373; y *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), párrafos 5.215 y 5.254). (sin resalte en el original)

¹³⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

¹³⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.227.

¹³⁹² A este respecto, tomamos nota de la observación formulada por Australia de que, en lo que respecta específicamente a un aumento de la EMCL, el Grupo Especial dio un motivo adicional por el que la contribución de esta medida no se podía considerar "equivalente". (Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 380 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459)). En concreto, el Grupo Especial señaló que un aumento de la EMCL "abordaría *solo* la disponibilidad de productos de tabaco para las personas menores de 21 años de edad" y "no afectaría a la iniciación, el abandono o la recaída en ningún grupo de edad por encima de los 21 años". En cambio, el Grupo Especial señaló que "las medidas TPP, además de contribuir a desalentar la iniciación de los adolescentes y los jóvenes adultos, son adecuadas para contribuir a alentar el abandono y prevenir la recaída de fumadores no pertenecientes a ese grupo de edad". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459. (con resalte en el original)).

No obstante, a nuestro juicio, las declaraciones del Grupo Especial citadas *supra* parecen, en lo esencial, no ser diferentes de la declaración de que un aumento de la EMCL funciona de maneras diferentes a como lo hacen las medidas TPP, más que constituir un motivo adicional para rechazar la equivalencia. De hecho, nos parece evidente que, por definición, un aumento de la EMCL de 18 a 21 años de edad tiene por objeto reducir el tabaquismo eliminando el acceso legal a productos de tabaco por parte de personas de entre 18 y 20 años de edad, mientras que las medidas TPP están diseñadas para lograr el mismo objetivo dando un impulso a las personas de todos los grupos de edad, sin alterar el acceso legal a los productos de tabaco por parte de los jóvenes de entre 18 y 20 años de edad. No obstante, el mero hecho de señalar los diferentes grupos de edad a los que van dirigidas las medidas impugnadas y las medidas alternativas no resolvería la cuestión fundamental de si estas medidas son adecuadas para lograr grados equivalentes de reducción general del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

integral de la política de Australia y reduciría las sinergias), hemos observado que en general los participantes están de acuerdo en que, incluso en el contexto de una política integral, lo que es pertinente para evaluar la equivalencia sigue siendo los grados globales de contribución que las medidas impugnadas y las medidas alternativas hacen al objetivo pertinente.¹³⁹³ El Grupo Especial señaló que este objetivo es "mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos"¹³⁹⁴ o, en términos más sencillos, reducir el tabaquismo.¹³⁹⁵ Por lo tanto, si se constata que la medida alternativa en cuestión es adecuada para lograr, además de cualquier reducción del tabaquismo atribuible a las demás medidas de control del tabaco existentes en Australia, un grado de reducción del tabaquismo similar o comparable al grado de reducción logrado por las medidas TPP, entonces la cuestión de si las medidas TPP forman parte de la política más amplia de Australia y de si su contribución se deriva en parte de los efectos sinérgicos con otros componentes de esa política no tendría que haber sido una consideración decisiva al determinar la existencia de equivalencia.

6.500. En este contexto, consideramos sumamente pertinente la matización que hizo el Grupo Especial de la constatación de contribución "significativa" que formuló respecto de las medidas TPP, a saber, que estas medidas son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa "aplicadas *en combinación* con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia".¹³⁹⁶ A nuestro modo de ver, esto indica que la contribución "significativa" constatada en lo que respecta a las medidas TPP ya refleja, y recoge, los posibles efectos sinérgicos derivados de sus interacciones con las otras medidas de Australia.¹³⁹⁷ Esto contrasta con las constataciones de contribución "significativa" formuladas por el Grupo Especial respecto de las medidas alternativas, a las que, como señalan correctamente los apelantes, se llegó *sin* hacer referencia a ninguna posible interacción de estas medidas con las otras medidas existentes en Australia.¹³⁹⁸ A este respecto, en el análisis del Grupo Especial no vemos nada que indique que la eficacia de cada medida alternativa se vería de alguna forma socavada (o pasaría a ser menos que "significativa") si funcionara en presencia de las otras medidas existentes en Australia.¹³⁹⁹ En estas circunstancias, nos resulta difícil entender, a partir del razonamiento del Grupo Especial, cómo el grado global de contribución de las medidas TPP, que el Grupo Especial declaró "significativ[o]" tomando en cuenta sus sinergias con las demás medidas existentes en Australia, es necesariamente mayor que el de cada medida alternativa, que el Grupo Especial declaró "significativ[o]" sin hacer referencia a ninguna posible interacción con las mismas medidas existentes.

6.501. Tampoco consideramos que la declaración del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* en que se basó el Grupo Especial¹⁴⁰⁰ ofrezca una orientación concluyente para evaluar la equivalencia en estos procedimientos. Como recordatorio, el Órgano de Apelación señaló que "[l]a sustitución de un elemento de [la] política global [del Brasil] por otro la debilitaría, al reducir las sinergias entre sus componentes así como sus efectos totales".¹⁴⁰¹ Al mismo tiempo, señalamos que

¹³⁹³ Véase el párrafo 6.483 *supra*.

¹³⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

¹³⁹⁵ Véase el párrafo 6.484 *supra*.

¹³⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043. (sin resalte en el original)

¹³⁹⁷ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1041-7.1042.

¹³⁹⁸ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1432-7.1453 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1506-7.1523 (respecto de un aumento de la tributación).

¹³⁹⁹ Como se señaló en el párrafo 6.494 *supra*, el Grupo Especial llegó a su constatación de contribución "significativa" respecto de un aumento de la EMCL tomando en consideración, por ejemplo, estudios que estimaban la repercusión de un aumento de la EMCL de 18 a 21 años de edad sobre las tasas de inicio del consumo de tabaco entre adolescentes y la prevalencia de tabaquismo en adultos en los Estados Unidos, que indicaban disminuciones considerables de ambos parámetros en el largo plazo.¹³⁹⁹ Si bien el Grupo Especial se "resistía" a extrapolar[] directamente esos estudios para determinar el grado exacto de contribución que tendría un aumento de la EMCL en el mercado de Australia, no mencionó ningún motivo por el que el aumento de la EMCL propuesto sería sustancialmente menos efectivo en Australia que en los Estados Unidos. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1448-7.1452) En lo que respecta a un aumento de la tributación, el Grupo Especial formuló su constatación de contribución "significativa" tomando en consideración que la elasticidad de la demanda de los productos de tabaco con respecto al precio era aproximadamente del -0,4. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1515-7.1518). El Grupo Especial señaló además que esta elasticidad con respecto al precio relativamente baja (inferior a -1,0) indica que puede haber margen para aumentar los impuestos especiales sin reducir la eficacia de las medidas para seguir reduciendo el consumo de tabaco. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1538).

¹⁴⁰⁰ Véase la nota 1369 *supra*.

¹⁴⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172.

esta declaración se efectuó en relación con determinadas medidas¹⁴⁰² propuestas por las Comunidades Europeas que, según observó el Órgano de Apelación, "[eran] ya elementos de una estrategia global diseñada por el Brasil para ocuparse del problema de los neumáticos de desecho".¹⁴⁰³ Además, el Órgano de Apelación efectuó la declaración cuando confirmó la constatación del Grupo Especial encargado de ese asunto de que esas medidas, al ser elementos existentes de la política del Brasil, no constituían "alternativas" válidas a la prohibición de las importaciones impugnada.¹⁴⁰⁴ En cambio, en las presentes diferencias, el Grupo Especial constató que tanto un aumento de la EMCL como un aumento de la tributación, que representan variaciones reforzadas de medidas existentes en Australia, constituyen "alternativas" porque "no existen todavía en el Miembro en cuestión, o al menos no en la forma concreta que proponen los reclamantes".¹⁴⁰⁵ Estas constataciones no se cuestionan en apelación. En estas circunstancias, consideramos que el recurso del Grupo Especial a la declaración efectuada por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* no es procedente.

6.502. Además, si bien la declaración del Órgano de Apelación citada *supra* se puede leer en el sentido de que indica que la cuestión de si una medida funciona de manera que crea sinergias con otras medidas en el contexto de una política más amplia de un Miembro es una consideración *pertinente* en la evaluación que hace un grupo especial de la eficacia general de esa medida, no consideramos que esta sea una consideración *decisiva* en tal evaluación, o en una determinación de equivalencia realizada por un grupo especial. Más bien, a nuestro juicio, la cuestión de si una medida crea sinergias con otras medidas, y en qué grado lo hace, es uno de los factores que indican el grado global de contribución que hace una medida a un objetivo legítimo, y todos los participantes están de acuerdo en que esta es la cuestión central para determinar la existencia de equivalencia. Por lo tanto, incluso en los casos en que una medida impugnada se aplique como parte de una política integral de un Miembro, el grupo especial que evalúe la existencia de equivalencia no estará exento de su deber de determinar objetivamente, y comparar, los grados globales de contribución que hacen las medidas impugnadas y las medidas alternativas al objetivo legítimo, tomando en cuenta todos los factores pertinentes. En función de las circunstancias del caso, tales factores pueden incluir el objetivo pertinente perseguido por la política del Miembro, el nivel global de protección que el Miembro procura lograr mediante esa política¹⁴⁰⁶, los grados de contribución respectivos que las medidas impugnadas y las medidas alternativas pueden hacer al objetivo pertinente, y la cuestión de si la contribución de cada medida podría aumentar (o disminuir), y en qué grado, en presencia de las otras medidas existentes, entre otras cosas como resultado de las sinergias creadas entre las distintas medidas.

6.503. En este contexto, consideramos adecuado que el Grupo Especial encargado de las presentes diferencias tomara en cuenta las sinergias entre las medidas TPP y las otras medidas de control de Australia para llegar a su constatación de contribución "significativa" respecto de las medidas TPP.¹⁴⁰⁷ Al mismo tiempo, cabría la posibilidad de que esto indicara que la contribución de las medidas TPP podría ser menos que "significativa" si las medidas no interactuaran con las otras medidas de Australia. En estas circunstancias, consideramos ilógico que el Grupo Especial constatará que las medidas TPP son necesariamente más efectivas que las medidas alternativas (que el Grupo

¹⁴⁰² Estas medidas comprendían: i) medidas destinadas a promover el recauchutado en el país o a mejorar la recauchutabilidad de los neumáticos usados; y ii) una mejor observancia de la prohibición de las importaciones de neumáticos usados y de los planes existentes de recogida y eliminación. (Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 158 y 172).

¹⁴⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172. Véase también el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.172.

¹⁴⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 172. Véase también el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.172.

¹⁴⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1385 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), párrafo 5.328). (no se reproduce el resalte)

¹⁴⁰⁶ Recordamos que, en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación consideró pertinente que el objetivo de la prohibición de las importaciones impugnada fuera la reducción de la "exposición a los riesgos para la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales ... en la *máxima medida posible*". El Órgano de Apelación añadió que "no se considerará que una medida o práctica constituye una alternativa a no ser que 'mantenga para el Miembro demandado el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido'." (Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 170 (no se reproducen las notas de pie de página; sin resalte en el original)).

¹⁴⁰⁷ Véase el párrafo 6.500 *supra*.

Especial declaró adecuadas para hacer una contribución "significativa" por sí mismas) debido a las mismas sinergias que hacen que la contribución de las medidas TPP sea "significativa".

6.504. Por todos estos motivos, en tanto en cuanto el Grupo Especial indicó que cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado de reducción general "significativa" del consumo de tabaco en Australia similar o comparable al de las medidas TPP, y sin embargo su contribución no sería equivalente debido a que no aborda las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP en el contexto de la política más amplia de control del tabaco de Australia, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del criterio jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.505. No obstante, advertimos que nuestra conclusión se formula en las circunstancias concretas de estas diferencias. No debería extrapolarse que un aumento de la EMCL o de la tributación de los productos de tabaco necesariamente se considerará una medida alternativa razonablemente disponible que puede hacer una contribución equivalente a la de una medida de empaquetado genérico en otra situación u otra jurisdicción. Antes bien, nuestra conclusión se formula sobre la base de la constatación no controvertida que formuló el Grupo Especial en estos procedimientos de que el objetivo pertinente perseguido por las medidas TPP es "mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos"¹⁴⁰⁸, sin abarcar los "objetivos específicos" de abordar las características de diseño del empaquetado del tabaco¹⁴⁰⁹, y del hecho de que Australia no ha apelado las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que ambas medidas alternativas están razonablemente disponibles para Australia.¹⁴¹⁰

6.1.4.4 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD

6.506. La República Dominicana plantea dos conjuntos de alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD con respecto a los análisis realizados por el Grupo Especial de la restrictividad del comercio y la contribución relativas de las dos medidas alternativas propuestas (es decir, un aumento de la EMCL y un aumento de la tributación).

6.507. En primer lugar, con respecto al análisis del Grupo Especial de si cada una de las dos medidas alternativas haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, la República Dominicana alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 al constatar que las características de diseño del empaquetado del tabaco que transmiten mensajes no se abordarían "en modo alguno"¹⁴¹¹ sin las medidas TPP. Según la República Dominicana, esta constatación: i) no es razonada ni adecuada porque es "errónea desde el punto de vista fáctico"; ii) es incoherente porque contradice una constatación formulada por el propio Grupo Especial en otra parte de su informe¹⁴¹²; y iii) se formuló sin tener en cuenta las pruebas y los argumentos presentados por la República Dominicana que demostraban lo contrario.¹⁴¹³

6.508. En la sección 6.1.4.3 *supra*, hemos abordado la alegación de error coincidente formulada por la República Dominicana al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC por la que de manera análoga se impugnaba la referencia que el Grupo Especial hizo al hecho de que las medidas alternativas no abordaban las características de diseño del empaquetado del tabaco. A este respecto, nos parece que el Grupo Especial utilizó la expresión "en modo alguno" simplemente para subrayar su opinión de que las medidas alternativas propuestas no serían tan efectivas como las medidas TPP debido a que no abordaban las características de diseño del empaquetado del tabaco, más que para formular una constatación *de hecho* de que no hay otras medidas en Australia que afecten al empaquetado del tabaco.¹⁴¹⁴ En estas circunstancias, no consideramos necesario ni adecuado

¹⁴⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

¹⁴⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.227.

¹⁴¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1467 (respecto de un aumento de la EMCL) y 7.1541 (respecto de un aumento de la tributación).

¹⁴¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459. (no se reproduce el resalte)

¹⁴¹² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1456.

¹⁴¹³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1472.

¹⁴¹⁴ De hecho, como subraya la propia República Dominicana, el Grupo Especial reconoció en su informe que hay otras medidas en Australia que abordan el empaquetado del tabaco como medio de difusión. (Véase la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1457). En particular, señalamos que, en la sección 2 de su informe (titulada "Elementos de hecho"), el Grupo Especial reconoció la existencia de esas otras medidas, entre ellas las prescripciones relativas a las ASG y el régimen normativo donde se abordan aspectos del empaquetado del tabaco que inducen a error.

abordar este aspecto de la impugnación formulada por la República Dominicana al amparo del artículo 11 del ESD.

6.509. En segundo lugar, la República Dominicana apela las constataciones del Grupo Especial relativas a la restrictividad del comercio y a la contribución de un aumento de la EMCL. Específicamente, la República Dominicana observa que el Grupo Especial tuvo en cuenta los posibles "efectos futuros" de un aumento de la EMCL en el contexto de su análisis de la restrictividad del comercio de esta medida cuando señaló "la importancia de los jóvenes fumadores para la industria tabacalera" que "determinan las tendencias futuras" de dicha industria.¹⁴¹⁵ La República Dominicana afirma que este razonamiento era incoherente con la observación formulada por el Grupo Especial, en el contexto de su análisis de la contribución de la misma medida alternativa, de que esta medida no aborda la conducta tabáquica "en ningún grupo de edad por encima de los 21 años".¹⁴¹⁶ La República Dominicana también considera que esta última observación del Grupo Especial es incoherente con la evaluación que el Grupo Especial hizo de la contribución de las medidas TPP, a cuyo respecto afirmó que "debemos tener debidamente en cuenta la posibilidad de que los efectos de determinadas medidas puedan manifestarse tras un período más prolongado y en el futuro".¹⁴¹⁷

6.510. Estamos de acuerdo con la opinión de la República Dominicana de que el Grupo Especial se refirió a determinados "efectos futuros" en su análisis de la restrictividad del comercio del aumento de la EMCL de 18 a 21 años propuesto.¹⁴¹⁸ Sin embargo, discrepamos de que el Grupo Especial no tuviera en cuenta o negara esos "efectos futuros" en su análisis de la contribución de un aumento de la EMCL. Al contrario, al llegar a su constatación de que esta medida alternativa sería adecuada para hacer una contribución "significativa" al objetivo de Australia, el Grupo Especial tuvo en cuenta las pruebas que indicaban que el aumento de la EMCL no solo probablemente mejoraría de manera inmediata la salud de las personas del grupo de edad destinatario, sino que también reduciría los efectos adversos en la salud a medio y largo plazo a medida que las primeras cohortes de nacimiento afectadas por el cambio normativo alcanzasen la edad adulta.¹⁴¹⁹ Además, si bien el Grupo Especial afirmó que el aumento de la EMCL propuesto no abordaría la conducta tabáquica "en ningún grupo de edad por encima de los 21 años"¹⁴²⁰, se refirió a al grupo de edad al que iba dirigida esta medida como un grupo "importante".¹⁴²¹ Esto parece comparable a la referencia que el Grupo Especial hizo, en el contexto del análisis de la restrictividad del comercio de esta medida alternativa, a "la importancia de los jóvenes fumadores para la industria tabacalera" en la determinación de las tendencias futuras de la industria.¹⁴²² Por consiguiente, no vemos ninguna incoherencia en el trato que el Grupo Especial dio a los efectos futuros en su evaluación de la restrictividad del comercio, por una parte, y de la contribución, por la otra, de un aumento de la EMCL.

6.511. Además, con respecto a la contribución de las medidas TPP, señalamos que el Grupo Especial afirmó explícitamente que su constatación de una contribución "significativa" se basaba en las pruebas que tenía a su disposición "en el momento de [su] evaluación".¹⁴²³ A este respecto, señalamos que la propia República Dominicana observa que el Grupo Especial llegó a una conclusión

¹⁴¹⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1422-1423 y 1487-1488 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1413). (no se reproduce el resalte)

¹⁴¹⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1489 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459). (no se reproduce el resalte)

¹⁴¹⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1485-1486 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.938). (no se reproduce el resalte)

¹⁴¹⁸ Por ejemplo, el Grupo Especial afirmó que, aunque las personas de 18 a 21 años representan solo un segmento del mercado de la gente que puede consumir productos de tabaco o que los consume, los jóvenes fumadores son importantes para la industria tabacalera porque "[e]l éxito futuro de cualquier marca de cigarrillos depende de su capacidad para atraer a los fumadores adultos más jóvenes, de edades comprendidas entre los 18 y los 24 años", y porque "los fumadores de entre 18 y 24 años determinan las tendencias futuras de la industria tabacalera". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1413 (no se reproduce la nota de pie de página)).

¹⁴¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1439 (donde se hace referencia R. Bonnie, K. Stratton y L. Kwan (editores), *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products*, Instituto de Medicina de los Estados Unidos (The National Academies Press, 2015) (Copia previa a la publicación: pruebas sin corregir) (Prueba documental DOM-232 presentada al Grupo Especial), páginas S-6 y 8-20).

¹⁴²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459.

¹⁴²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1460.

¹⁴²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1413.

¹⁴²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

sobre esta cuestión "*sin* tener en cuenta los posibles efectos futuros".¹⁴²⁴ Por lo tanto, aunque el Grupo Especial declaró que la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo¹⁴²⁵, es obvio que esta referencia a los efectos futuros solo era complementaria a su razonamiento principal. Por lo tanto, no vemos ningún fundamento para que la República Dominicana aduzca que el Grupo Especial presentó un razonamiento "incoherente" al basarse en los "efectos futuros" en su análisis de la contribución de las medidas TPP y al mismo tiempo no tenerlos en cuenta o negarlos en su análisis de la contribución de un aumento de la EMCL.

6.512. En consecuencia, constatamos que la República Dominicana no ha demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.

6.1.4.5 Conclusión relativa a la evaluación de las medidas alternativas realizada por el Grupo Especial

6.513. Con respecto a las alegaciones de error formuladas por los apelantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC relativas al análisis que el Grupo Especial hizo de la *restrictividad del comercio* de las dos medidas alternativas en litigio en apelación (es decir, un aumento de la EMCL y un aumento de la tributación) en comparación con la de las medidas TPP, hemos constatado que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al rechazar la proposición de los reclamantes de que sus medidas alternativas restringen menos el comercio que las medidas TPP. Más bien, consideramos que el Grupo Especial llegó debidamente a su conclusión abordando las consideraciones pertinentes, como las repercusiones respectivas de las medidas en el volumen, el valor y el precio de los productos de tabaco importados.

6.514. Con respecto a las alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 relativas al análisis que el Grupo Especial hizo de la *contribución* de las medidas alternativas en comparación con la de las medidas TPP, hemos constatado que, en tanto en cuanto el Grupo Especial indicó que cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado de reducción general "significativa" del consumo de tabaco en Australia similar o comparable al de las medidas TPP, y sin embargo su contribución no sería equivalente debido a que no aborda las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP en el contexto de la política más amplia de control del tabaco de Australia, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2.

6.515. Además, con respecto a las alegaciones separadas formuladas por la República Dominicana al amparo del artículo 11 del ESD en las que se impugnan determinados aspectos de los análisis de la restrictividad del comercio y la contribución relativas de las medidas alternativas realizados por el Grupo Especial, hemos constatado que la República Dominicana no ha demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, aunque determinados aspectos de sus argumentos son pertinentes para examinar su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.516. A la luz de lo anterior, concluimos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que cada una de las dos medidas alternativas sería adecuada para hacer una contribución equivalente a la de las medidas TPP.¹⁴²⁶ Al mismo tiempo, hemos concluido que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que esas dos medidas alternativas restrinjan el comercio menos que las medidas TPP.¹⁴²⁷ Por consiguiente, aunque hemos concluido que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la equivalencia de la contribución de cada medida alternativa, las constataciones formuladas por el Grupo Especial, en los párrafos 7.1471 y 7.1545 de su informe, de que los reclamantes no demostraron que un aumento de la EMCL y un aumento de la tributación serían cada uno una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, siguen siendo válidas.

¹⁴²⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1485. (con resalte en el original)

¹⁴²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹⁴²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1464 y 7.1531.

¹⁴²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1417 y 7.1495.

6.1.5 Conclusión general en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.517. A los efectos de establecer que una medida es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reclamante debe demostrar que un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo". En el contexto del párrafo 2 del artículo 2, la evaluación de la "necesidad" entraña un análisis de la relación entre los siguientes factores: i) el grado en que el reglamento técnico restringe el comercio; ii) el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo; y iii) los riesgos que crearía no alcanzarlo. Además, la determinación de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" puede entrañar una comparación entre: i) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de la medida en litigio al objetivo legítimo; y ii) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de las posibles medidas alternativas que estén razonablemente disponibles al objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo.

6.518. En su evaluación de si los reclamantes habían demostrado que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2, el Grupo Especial en las presentes diferencias examinó, entre otras cosas: i) la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia; ii) la restrictividad del comercio de las medidas TPP; y iii) si las medidas alternativas propuestas por los reclamantes restringen menos el comercio que las medidas TPP al tiempo que hacen una contribución equivalente al objetivo de Australia. Hemos abordado las alegaciones de error de los apelantes con respecto a cada uno de estos tres aspectos del análisis del Grupo Especial.

6.519. Con respecto a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, hemos constatado que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en los párrafos 7.1025 y 7.1043 de su informe, que:

7.1025. En definitiva ... los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁴²⁸

6.520. Con respecto a la restrictividad del comercio de las medidas TPP, constatamos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en el párrafo 7.1255 de su informe, que:

[L]as medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, tienen un "efecto limitativo" en el comercio. Concluimos asimismo que, si bien es plausible que las medidas puedan también, con el tiempo, afectar al valor general de las importaciones de tabaco, las pruebas que tenemos ante nosotros no muestran que eso haya ocurrido hasta la fecha. Además, no

¹⁴²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP impongan condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia o costos de cumplimiento de tal magnitud que equivaldrían a un efecto limitativo en el comercio.¹⁴²⁹

6.521. Por último, con respecto a las medidas alternativas, recordamos que los apelantes solo impugnaron las constataciones del Grupo Especial relativas a dos de las cuatro medidas alternativas propuestas que el Grupo Especial examinó y rechazó: i) un aumento de la EMCL de productos de tabaco de 18 a 21 años de edad; y ii) un aumento de la tributación de los productos de tabaco en Australia. Hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que cada una de las dos medidas alternativas sería adecuada para hacer una contribución equivalente a la de las medidas TPP.¹⁴³⁰ Concretamente, en tanto en cuanto el Grupo Especial indicó que cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado de reducción general "significativa" del consumo de tabaco en Australia similar o comparable al de las medidas TPP, y sin embargo su contribución no sería equivalente debido a que no aborda las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP en el contexto de la política más amplia de control del tabaco de Australia, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2. Al mismo tiempo, hemos constatado que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que esas dos medidas alternativas restrinjan el comercio menos que las medidas TPP.¹⁴³¹ Por consiguiente, aunque hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la equivalencia de la contribución de cada medida alternativa, las constataciones formuladas por el Grupo Especial, en los párrafos 7.1471 y 7.1545 de su informe, de que los reclamantes no habían demostrado que el aumento de la EMCL y el aumento de la tributación serían cada uno "una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia", siguen siendo válidas.

6.522. Por las razones expuestas, confirmamos la conclusión formulada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.1732 de su informe, de que:

[L]os reclamantes no han demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁴³²

6.2 Opinión separada de un Miembro de la Sección con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.2.1 Introducción

6.523. Está firmemente establecido que no todo error cometido por un grupo especial alcanza el grado de infracción del artículo 11 del ESD. En virtud del ESD, los grupos especiales gozan de considerables facultades discrecionales con respecto a la determinación y la evaluación de los hechos. Esto queda recalcado en el texto del artículo 11 de que "cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos", leído junto con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, que establece que "[l]a apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". En otras palabras, las alegaciones formuladas en apelación al amparo del artículo 11 deben reservarse -y tomarse en consideración- solo en los raros casos en los que un grupo especial cometa un error "monumental" que ponga en duda su buena fe.¹⁴³³

6.524. Con respecto a las alegaciones de los apelantes relativas al análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, concuerdo con las constataciones y las conclusiones definitivas de la mayoría. Sin embargo, estoy en desacuerdo en relación con dos

¹⁴²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

¹⁴³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1464 y 7.1531.

¹⁴³¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1417 y 7.1495.

¹⁴³² Véanse también el informe del Grupo Especial (DS435), párrafo 8.1.a; y el informe del Grupo Especial (DS441), párrafo 8.1.b.i.

¹⁴³³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 141; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 164; y *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 177.

puntos: i) que era necesario examinar detalladamente las alegaciones de los apelantes de que el Grupo Especial incurrió en error al determinar el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia; y ii) que el trato que el Grupo Especial dio a la multicolinealidad y la no estacionariedad y el uso que hizo de ellas constituyeron un error en el marco del artículo 11 del ESD.

6.2.2 No era necesario abordar las alegaciones de los apelantes relativas a la contribución de las medidas TPP para resolver la diferencia

6.525. El argumento principal que los reclamantes expusieron ante el Grupo Especial fue que las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario porque: i) restringen el comercio; y ii) no son adecuadas para contribuir, ni contribuyen, al objetivo legítimo de salud pública de Australia.¹⁴³⁴ Subsidiariamente, los reclamantes adujeron que, aun suponiendo que las medidas TPP contribuyan al objetivo legítimo de salud pública de Australia, siguen "restringi[endo] el comercio más de lo necesario" porque existen medidas alternativas razonablemente disponibles para Australia que restringirían menos el comercio y, al tiempo, harían una contribución equivalente al objetivo.¹⁴³⁵

6.526. El Grupo Especial rechazó estos argumentos de los reclamantes, si bien señaló que las medidas TPP restringen necesariamente el comercio porque en Australia todos los productos de tabaco son importados, y que las medidas TPP contribuyen al objetivo de salud pública de Australia reduciendo el consumo de productos de tabaco. Los apelantes impugnan el rechazo de sus argumentos por el Grupo Especial. Mi análisis de esa impugnación se centra en las dos frases del párrafo 7.1025 del informe del Grupo Especial.

6.527. En la primera de estas dos frases, el Grupo Especial constató que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP "no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia".¹⁴³⁶ En la segunda frase, el Grupo Especial constató que "[a]ntes bien, ... las pruebas ..., tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP ... son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia".¹⁴³⁷

6.528. En las apelaciones de los apelantes nada se dice acerca de la primera frase. Solo se abordó la segunda frase. Al proceder de este modo, los apelantes no han explicado de qué manera cualesquiera errores que socavaran la constatación formulada por el Grupo Especial en la segunda frase del párrafo 7.1025 bastarían para demostrar que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión que figura en la primera frase de dicho párrafo.

6.529. En respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, los apelantes declararon que no era necesario apelar o impugnar de manera independiente la constatación formulada por el Grupo Especial en la primera frase, porque esa constatación está vinculada integralmente con la constatación formulada por el Grupo Especial en la segunda frase. Los apelantes subrayaron que el Grupo Especial realizó un análisis integrado del grado de contribución sobre la base del conjunto de las pruebas.¹⁴³⁸

6.530. Yo leo estas dos frases en el sentido de que dicen cosas diferentes. La primera frase dice que los apelantes *no demostraron* que las medidas TPP *no sean* adecuadas para hacer una contribución; la segunda frase dice que la totalidad de las pruebas respalda la opinión de que las medidas TPP *son* adecuadas para realizar, y *de hecho realizan*, una contribución.

6.531. Incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que los apelantes tengan razón en que el Grupo Especial se basó en la totalidad de las pruebas al llegar a las dos conclusiones que figuran en estas dos frases del párrafo 7.1025, no veo cómo los errores alegados por los apelantes respecto de la constatación formulada por el Grupo Especial en la *segunda frase* viciarían la constatación formulada por el Grupo Especial en la *primera frase*. El simple hecho de que el Grupo Especial pueda haberse basado en las mismas pruebas para formular ambas constataciones no significa que

¹⁴³⁴ Véanse el informe del Grupo Especial, párrafos 7.426, 7.437, 7.485 y 7.520; y las respuestas de Honduras y la República Dominicana a preguntas formuladas en la segunda audiencia.

¹⁴³⁵ Véanse la primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafos 853 y 911; y la primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 737-739, 980 y 1019.

¹⁴³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹⁴³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹⁴³⁸ Respuestas de Honduras y la República Dominicana a preguntas formuladas en la segunda audiencia (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.495-7.497).

cualesquiera errores cometidos en la segunda determinación del Grupo Especial -esto es, que las pruebas respaldan la opinión de que las medidas TPP "son adecuadas para [realizar], y de hecho [realizan]," una contribución- socavarían también la conclusión del Grupo Especial de que los *reclamantes no satisficieron su carga* de demostrar que las medidas TPP *no son adecuadas para* hacer una contribución. Son dos conclusiones diferentes.

6.532. En consecuencia, para que revocáramos la conclusión del Grupo Especial de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no son adecuadas para contribuir al objetivo de Australia -expuesta en la primera frase del párrafo 7.1025-, los apelantes debían demostrar que los errores cometidos por el Grupo Especial al examinar las pruebas viciaron esa conclusión y la viciaron de forma tan monumental que constituye una infracción del artículo 11 del ESD.

6.533. Como se ha señalado, los apelantes no apelaron la constatación formulada por el Grupo Especial en la primera frase del párrafo 7.1025. Tampoco abordaron de otro modo la cuestión de si cualesquiera errores en la evaluación que el Grupo Especial hizo de la segunda frase de dicho párrafo viciarían la primera frase, salvo para aducir que las dos frases "están vinculadas" y que la evaluación que hizo el Grupo Especial de ellas se basó en las mismas pruebas.

6.534. En consecuencia, considero que la determinación del Grupo Especial de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no sean adecuadas para contribuir al objetivo de Australia queda inalterada en apelación. Dado que se presume que las medidas son compatibles con las normas de la OMC hasta que se demuestre lo contrario, se presume que las medidas TPP al menos pueden hacer una contribución al objetivo de Australia¹⁴³⁹, pueda o no el Grupo Especial haber incurrido en error al determinar que la totalidad de las pruebas respaldan la opinión de que las medidas TPP son adecuadas para realizar, y de hecho realizan, una contribución al objetivo de Australia.

6.535. Se desprende de ello que la constatación formulada por el Grupo Especial en la primera frase del párrafo 7.1025 de su informe sigue siendo válida. Por lo tanto, dado que se presume que las medidas TPP pueden contribuir al objetivo de Australia, se sigue además que: i) los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al rechazar su argumento principal; y ii) con respecto a su argumento subsidiario, la cuestión de si las alternativas propuestas hacen o no una contribución equivalente a la de las medidas TPP, los apelantes no presentaron una alternativa que restrinja menos el comercio que las medidas TPP¹⁴⁴⁰ y, en consecuencia, no hay fundamento para que revoquemos la conclusión general del Grupo Especial de que los apelantes no demostraron que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2.

6.536. Por lo tanto, creo que no era necesario, a los efectos de resolver las presentes diferencias, que la mayoría examinara detalladamente las alegaciones de los apelantes relativas a la evaluación que el Grupo Especial hizo de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. Por esta razón, también creo que no era aconsejable que la mayoría examinara detalladamente las alegaciones de los apelantes relativas a la contribución. Creo que este informe podría haber sido mucho más breve si se hubiera basado en constataciones de que la primera frase del párrafo 7.1025, relativa a la idoneidad, sigue siendo válida; de que las alternativas propuestas por los apelantes no restringirían menos el comercio que las medidas TPP; y, por consiguiente, de que los apelantes no demostraron que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2.

¹⁴³⁹ Si un grupo especial constata que las pruebas presentadas por las partes revelan que una medida puede hacer una contribución, o las pruebas no son claras o son dispares en cuanto a si la medida puede hacer una contribución, el grupo especial debe constatar que el reclamante no ha demostrado que la medida no pueda contribuir al objetivo. Esto significaría al mismo tiempo que, en tanto en cuanto el reclamante también aduzca que la medida es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 sobre la base de que existen medidas alternativas razonablemente al alcance menos restrictivas del comercio que pueden hacer una contribución equivalente, la presunción de compatibilidad con las normas de la OMC exige que el grupo especial presuma que la medida puede al menos hacer alguna contribución al objetivo legítimo y, sobre esta base, proceder a examinar los factores restantes para determinar la "necesidad", como el grado de restrictividad del comercio de la medida y la disponibilidad de medidas alternativas que restringen menos el comercio.

¹⁴⁴⁰ Por las razones expuestas en las secciones 6.1.3-6.1.4, hemos confirmado las constataciones del Grupo Especial de que las medidas alternativas propuestas por los reclamantes no restringirían menos el comercio que las medidas TPP.

6.2.3 Debido proceso y artículo 11 del ESD

6.537. Estoy en desacuerdo con la constatación intermedia de la mayoría de que, al introducir en su informe provisional análisis econométricos que no se habían analizado con las partes, el Grupo Especial no respetó el debido proceso de una forma que constituye una infracción del artículo 11 del ESD.

6.538. En mi opinión, la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad para comprobar la solidez de las pruebas presentadas por las partes formaba parte del razonamiento del Grupo Especial, respecto de lo que un grupo especial goza de considerables facultades discrecionales. Las partes de este asunto presentaron al Grupo Especial una gran cantidad de pruebas econométricas. Era adecuado que el Grupo Especial evaluara el valor probatorio de estas pruebas. El Grupo Especial comprobó la solidez de los estudios econométricos presentados por las partes teniendo en cuenta, entre otras cosas, si los modelos adolecían de multicolinealidad y no estacionariedad. El mero hecho de que las partes no mencionaran específicamente estos dos denominados "criterios" no es suficiente para justificar que la utilización por el Grupo Especial a estos criterios se examine de manera diferente que la utilización por el Grupo Especial a otros conceptos econométricos (por ejemplo, el sobreajuste o la endogeneidad) que las partes habían identificado. Por consiguiente, considero que el Grupo Especial actuó dentro de los límites de sus facultades discrecionales en cuanto instancia que decide sobre los hechos al no solo examinar los parámetros utilizados por cada parte, sino también ir más allá en su evaluación y comprobó la solidez de las pruebas econométricas de las partes con respecto a la multicolinealidad y la no estacionariedad.

6.539. Con respecto a la cuestión del debido proceso, Australia aduce que los reclamantes podrían haber utilizado la etapa intermedia de reexamen para pedir al Grupo Especial que reexaminara las partes pertinentes del informe del Grupo Especial de conformidad con el artículo 15 del ESD, pero optaron por no hacerlo.¹⁴⁴¹ Los apelantes afirman que el reexamen intermedio no les habría dado una "oportunidad satisfactoria" para formular observaciones respecto de las preocupaciones del Grupo Especial relativas a la multicolinealidad y la no estacionariedad.¹⁴⁴²

6.540. El párrafo 2 del artículo 15 del ESD, en la parte pertinente, dice así:

Dentro de un plazo fijado por [el grupo especial], cualquiera de las partes podrá presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional antes de la distribución del informe definitivo a los Miembros. A petición de parte, el grupo especial celebrará una nueva reunión con las partes sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. De no haberse recibido observaciones de ninguna parte dentro del plazo previsto a esos efectos, el informe provisional se considerará definitivo y se distribuirá sin demora a los Miembros.

6.541. Los reclamantes tuvieron conocimiento del análisis del Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad cuando recibieron el informe provisional del Grupo Especial el 2 de mayo de 2017. No obstante, los reclamantes no plantearon ninguna preocupación sustantiva con respecto a estos aspectos del análisis del Grupo Especial en sus observaciones sobre el informe provisional, ni solicitaron que se celebrara una reunión de reexamen intermedio. Es razonable leer el párrafo 2 del artículo 15 en el sentido de que atribuía a los reclamantes la responsabilidad de plantear la cuestión de la utilización por el Grupo Especial a la multicolinealidad y la no estacionariedad en la etapa intermedia de reexamen, especialmente habida cuenta de la importancia que los apelantes asignan a estas cuestiones en apelación. En mi opinión, el hecho de que los reclamantes no plantearan estas cuestiones en la etapa intermedia de reexamen menoscaba la alegación de los apelantes relativa al debido proceso.

6.542. Así pues, puesto que los reclamantes tuvieron la oportunidad de plantear estas cuestiones y no lo hicieron, estoy en desacuerdo con su alegación de que el Grupo Especial les denegó el debido

¹⁴⁴¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 464.

¹⁴⁴² Respuestas de Honduras a preguntas formuladas en la segunda audiencia. Además, la República Dominicana señaló que, en la etapa intermedia de reexamen, solo pudo formular "preguntas retóricas" al Grupo Especial. (Respuestas de la República Dominicana a preguntas formuladas en la segunda audiencia).

proceso al no "dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones".¹⁴⁴³ Habida cuenta de que los reclamantes no intentaron plantear sus preocupaciones relativas a la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad en la etapa intermedia de reexamen, no es necesario especular sobre si el supuesto carácter limitado del proceso de reexamen intermedio, que no considero que esté expresado en el texto del párrafo 2 del artículo 15, habría sido suficiente. En consecuencia, estoy en desacuerdo con la conclusión provisional formulada por la mayoría con respecto a este punto.

6.543. A la luz de lo expuesto, considero que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva de los hechos como exige el artículo 11 del ESD al denegar a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad.

6.3 Alegaciones al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC

6.544. En apelación, Honduras impugna únicamente las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴⁴⁴ La República Dominicana apela las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴⁴⁵

6.3.1 Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC

6.545. El párrafo 1 del artículo 16 dispone lo siguiente:

El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso.

6.546. Honduras nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que Honduras no demostró que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC¹⁴⁴⁶, por los siguientes motivos: i) la interpretación que hizo el Grupo Especial de los "derechos conferidos" en el marco del párrafo 1 del artículo 16 era errónea; ii) el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16 a las medidas TPP; y iii) el Grupo Especial no cumplió la obligación que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 42. (no se reproduce el resalte)

¹⁴⁴⁴ Anuncio de apelación presentado por Honduras, páginas 2-3. Ante el Grupo Especial, Honduras y la República Dominicana alegaron que las medidas TPP son incompatibles con el artículo 6*quinqüies* y el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) (leídos junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) y el párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial constató que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con ninguna de las disposiciones invocadas. (Informe del Grupo Especial (DS435), párrafo 8.1.b-h; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafo 8.1.b). Dos de los otros reclamantes que participaron en el procedimiento del Grupo Especial, Cuba e Indonesia, plantearon también una alegación al amparo del párrafo 3 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. (Informe del Grupo Especial (DS458), párrafo 8.1.b.v; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafo 8.1.b.iv). Aparte de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, no se ha apelado ninguna otra de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁴⁴⁵ Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafos 14-15.

¹⁴⁴⁶ Anuncio de apelación presentado por Honduras, página 3 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.2051 y 8.1.d).

¹⁴⁴⁷ Anuncio de apelación presentado por Honduras, página 3.

6.547. Australia impugna cada una de las alegaciones de Honduras.¹⁴⁴⁸ Australia afirma que, si confirmamos el análisis interpretativo del Grupo Especial, "debería[mos] rechazar el argumento de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16, así como el argumento de Honduras de que la decisión del Grupo Especial de no examinar las alegaciones de hecho de los reclamantes era incompatible con la obligación de este de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD".¹⁴⁴⁹

6.548. Comenzamos con un resumen de las constataciones del Grupo Especial. Seguidamente, examinamos las alegaciones de error planteadas por Honduras.

6.3.1.1 Resumen de las constataciones del Grupo Especial

6.549. El Grupo Especial entendió que los reclamantes aducían que, al prohibir el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco, las medidas TPP erosionan el carácter distintivo de esas marcas y, por ello, "limitan la capacidad de sus titulares de ejercer sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 16".¹⁴⁵⁰ A juicio del Grupo Especial, ese argumento de los reclamantes giraba en torno a la cuestión de si una reducción del carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio registrada afecta a los derechos que los Miembros deben otorgar al titular de la marca en virtud del párrafo 1 del artículo 16. Por lo tanto, el Grupo Especial comenzó determinando el contenido de los derechos previstos en el párrafo 1 del artículo 16.¹⁴⁵¹

6.550. Tomando nota de la definición de la palabra "impedir", el Grupo Especial consideró que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros la obligación de conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho de "imposibilitar ... o dificultar" que todos los que no tengan el consentimiento del titular usen determinados signos para determinados bienes o servicios, cuando tal uso dé lugar a probabilidad de confusión.¹⁴⁵² A juicio del Grupo Especial, el párrafo 1 del artículo 16 no establece ningún otro derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio, ni menciona el uso de la marca registrada por su titular.¹⁴⁵³ Teniendo presente el sentido corriente del texto y, a su parecer, en consonancia con resoluciones anteriores¹⁴⁵⁴, el Grupo Especial estuvo de acuerdo con las partes en que el párrafo 1 del artículo 16 no establece un derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a hacer uso de su marca registrada. Más bien, el párrafo 1 del artículo 16 se limita a prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada a impedir determinadas actividades por terceros no autorizados en las condiciones establecidas en la primera frase de ese párrafo.¹⁴⁵⁵

6.551. Con respecto al alcance del derecho que los Miembros están obligados a conferir a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas en virtud del párrafo 1 del artículo 16, el Grupo Especial observó que el titular de una marca de fábrica o de comercio debe gozar del derecho exclusivo de impedir: i) que cualesquiera terceros, sin su consentimiento; ii) utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca; iii) cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.¹⁴⁵⁶ El Grupo Especial consideró que, al establecer las condiciones en las que el titular de la marca de fábrica o de comercio debe ser capaz de impedir las actividades de terceros, el párrafo 1 del artículo 16 define simultáneamente lo que debe constituir, como mínimo, una infracción de una marca de fábrica o de comercio registrada.¹⁴⁵⁷

6.552. El Grupo Especial recordó que, en virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a "aplicar[] las disposiciones del presente Acuerdo". Según

¹⁴⁴⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 80.

¹⁴⁴⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 145.

¹⁴⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1971.

¹⁴⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1972.

¹⁴⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1973-7.1974.

¹⁴⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1974.

¹⁴⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1978 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186; y al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.611 y nota 564 a dicho párrafo).

¹⁴⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1978.

¹⁴⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1979. Véase también *ibid.*, párrafos 7.1996-7.1998.

¹⁴⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1980.

el Grupo Especial, si las actividades de un tercero no autorizado cumplen las condiciones establecidas en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16, el titular de la marca de fábrica o de comercio tendrá derecho, con arreglo a la legislación nacional de un Miembro, a impedir esas actividades. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que, en esencia, la obligación que impone el párrafo 1 del artículo 16 consiste en asegurar que existan derechos para obtener una reparación por tales actos de infracción. A juicio del Grupo Especial, de ello se deduce que, para probar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana, el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición.¹⁴⁵⁸

6.553. El Grupo Especial pasó a continuación a examinar el argumento de los reclamantes de que, al prohibir el uso de marcas de fábrica o de comercio no denominativos en los productos de tabaco, las medidas TPP reducirían el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio no denominativas registradas, porque los consumidores ya no asociarían esas marcas con los productos para los que se registraron. El Grupo Especial consideró que los reclamantes aducían que esa reducción del carácter distintivo limitaría la capacidad del titular de la marca de fábrica o de comercio de demostrar que existe "probabilidad de confusión", lo que es "condición previa"¹⁴⁵⁹ para ejercer los derechos previstos en el párrafo 1 del artículo 16 y, por consiguiente, de impedir el uso no autorizado de signos similares o idénticos en productos similares en el mercado. Los reclamantes centraron su alegación en el presunto efecto que las medidas TPP tendrían en la capacidad para demostrar la existencia de confusión en los casos en que se utilizaban signos idénticos o similares en productos similares, que los reclamantes identificaron como "accesorios relacionados con el tabaco como encendedores, fósforos, petacas o humidificadores".¹⁴⁶⁰

6.554. El Grupo Especial observó que los reclamantes no impugnaban *la forma* en que se definen los criterios para determinar la existencia de infracción en la legislación nacional de Australia. Los reclamantes tampoco argumentaban que las medidas TPP hubieran afectado a la forma en que el sistema jurídico australiano evalúa si existe "probabilidad de confusión". El Grupo Especial observó además que los reclamantes no habían alegado que las medidas TPP afectarían a los medios de procedimiento o de prueba de que disponen los titulares de derechos en los procedimientos por infracción para demostrar que los criterios de infracción se cumplen realmente. A juicio del Grupo Especial, los reclamantes parecían aceptar que, cuando esos criterios de infracción se cumplen, el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene derecho a emprender acciones legales en Australia. Por lo tanto, el Grupo Especial entendía que la situación descrita por los reclamantes como base para su alegación consistía no tanto en una reducción de la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de demostrar que existe "probabilidad de confusión", sino más bien en una reducción de los casos en que surgiría una "probabilidad de confusión" en el mercado con respecto a marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco cuyo uso se ve afectado por las medidas TPP.¹⁴⁶¹

6.555. A juicio del Grupo Especial, ese argumento constaba de dos partes: i) la alegación fáctica de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas dará lugar a una situación en la que estas marcas perderán su carácter distintivo y, por lo tanto, se reducirá la incidencia de situaciones en las que los titulares de marcas de fábrica o de comercio puedan demostrar que existe "probabilidad de confusión" entre las marcas de fábrica o de comercio registradas y signos similares o idénticos en productos similares; y ii) la afirmación de que esta consecuencia fáctica de las medidas TPP reduce o elimina los derechos exclusivos de que ha de gozar el titular de la marca de fábrica o de comercio en el marco de la legislación nacional de Australia de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16.¹⁴⁶²

¹⁴⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1980 y nota 4447 a dicho párrafo.

¹⁴⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1982.

¹⁴⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1983 y nota 4450 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la respuesta de Indonesia a la pregunta 29 del Grupo Especial, párrafo 32 y nota 28 a dicho párrafo; a la primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafos 235-236 y 249; a la primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 311; y a la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 32 del Grupo Especial, párrafo 148).

¹⁴⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1985-7.1987.

¹⁴⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1988.

6.556. Con respecto a lo que el Grupo Especial identificó como "la alegación fáctica"¹⁴⁶³ relativa a la pérdida del carácter distintivo, el Grupo Especial observó que, el "uso" de una marca de fábrica o de comercio que, es en principio pertinente para la adquisición y el mantenimiento de carácter distintivo, no se limita al uso en el empaquetado de un producto, sino que más bien se extiende a una mayor diversidad de actividades comerciales, publicitarias y promocionales. Las medidas TPP restringen o prohíben el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas que se aplican al empaquetado de tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco, pero no restringen otros usos de las marcas de fábrica o de comercio, tales como la publicidad y la promoción, también importantes para adquirir y mantener el carácter distintivo.¹⁴⁶⁴ El Grupo Especial recordó que, en el contexto australiano, otras medidas, que no están en litigio en estos procedimientos, limitan o prohíben la publicidad y la promoción de productos de tabaco. Según el Grupo Especial, cualquier evaluación de los efectos de la reglamentación del empaquetado en la reducción de la probabilidad de confusión debería llevarse a cabo en ese contexto fáctico.¹⁴⁶⁵

6.557. Además, el Grupo Especial observó que el párrafo 1 del artículo 16 otorga protección frente al uso no autorizado de "signos similares o idénticos" en productos similares o idénticos, que dé lugar a "probabilidad de confusión". El Grupo Especial consideró que, mientras que la "similitud de los signos" describe la sola dimensión de comparación entre dos signos, el criterio de "probabilidad de confusión" es más polifacético y depende, además, de la "similitud de los bienes y servicios" y de la naturaleza específica del uso.¹⁴⁶⁶ Por consiguiente, a juicio del Grupo Especial, una evaluación de la "probabilidad de confusión" con respecto a una marca de fábrica o de comercio dada en una situación dada es una evaluación fáctica que conllevará un examen de las circunstancias específicas en cuestión, incluida la forma en que surge la posibilidad de confusión en el mercado específico de que se trate. En consecuencia, el Grupo Especial no estaba convencido de que el funcionamiento de las medidas TPP tendría necesariamente los efectos que alegaban los reclamantes en la existencia de "probabilidad de confusión", ni de cómo se evaluarían esos efectos en relación con una marca de fábrica o de comercio específica.¹⁴⁶⁷ En cualquier caso, el Grupo Especial consideró que necesitaría formular una determinación con respecto a esa alegación fáctica únicamente si llegaba a la conclusión de que reducir los casos en que el titular de una marca de fábrica o de comercio podría impedir el uso no autorizado de marcas similares o idénticas en el mercado, porque ya no es probable que ese uso dé lugar a "probabilidad de confusión", lleva a una infracción del párrafo 1 del artículo 16.¹⁴⁶⁸

6.558. A este respecto, el Grupo Especial subrayó que no hay nada en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 que indique que -como los reclamantes habían dado a entender- los Miembros tengan obligación, no solo de otorgar protección cuando surja efectivamente una probabilidad de confusión, sino también de mantener las condiciones del mercado que harían posible que las circunstancias previstas en esa disposición, incluida la probabilidad de confusión, se produjesen realmente en una situación concreta. Más bien, los Miembros deben asegurar que, en caso de que se den efectivamente esas circunstancias, se otorgue el derecho de impedir tal uso. Según el Grupo Especial, la cuestión de si terceros no autorizados usan realmente signos similares o idénticos en bienes o servicios similares en el mercado, y de si tal uso da o no lugar realmente a "probabilidad de confusión" entre los consumidores, carece de importancia para la evaluación de si un Miembro asegura que el titular de una marca de fábrica o de comercio disponga del derecho de impedir tales actos por terceros, en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 16.¹⁴⁶⁹

6.559. En lugar de ello, el Grupo Especial constató que los Miembros cumplen la obligación que les impone el párrafo 1 del artículo 16 si su legislación nacional otorga a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas el derecho exclusivo de impedir las actividades por terceros proscritas en esa disposición.¹⁴⁷⁰ El Grupo Especial consideró que esta interpretación es compatible con la finalidad de los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16, que es proteger al titular de los derechos frente a las infracciones de sus marcas de fábrica o de comercio

¹⁴⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1988.

¹⁴⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1989 (donde se hace referencia a OMPI, *WIPO Intellectual Property Handbook*, segunda edición (Ginebra, 2004; reimpresso en 2008) (Prueba documental DOM-65 presentada al Grupo Especial), párrafos 2.339-2.351).

¹⁴⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1989.

¹⁴⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1991.

¹⁴⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1992-7.1993.

¹⁴⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1993.

¹⁴⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2000.

¹⁴⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1999-7.2000.

registradas.¹⁴⁷¹ El Grupo Especial alertó de que "[c]oncluir de otro modo ampliaría efectivamente el alcance del párrafo 1 del artículo 16 para abarcar un derecho adicional de protección frente a la reducción del carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio, o incluso un derecho de protección frente a un menor conocimiento de una marca de fábrica o de comercio entre los consumidores".¹⁴⁷²

6.560. A continuación, el Grupo Especial examinó la cuestión de si las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 por menoscabar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco registradas. El Grupo Especial observó que Cuba, la República Dominicana e Indonesia habían alegado que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros la obligación general de abstenerse de adoptar medidas que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio y, con ello, menoscaben o eliminen la posibilidad de ejercer el derecho de exclusión garantizado por el párrafo 1 del artículo 16.¹⁴⁷³

6.561. El Grupo Especial recordó su constatación de que el párrafo 1 del artículo 16 no contiene un *derecho a hacer uso* de una marca de fábrica o de comercio. Antes bien, el Grupo Especial estimó que los Miembros de la OMC cumplen la obligación prevista en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 otorgando al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho exclusivo de impedir las infracciones de la marca de la manera descrita por los criterios establecidos en ese párrafo. Habida cuenta de ello, el Grupo Especial no encontró en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 indicación alguna de que los Miembros estén obligados a mantener el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas, o a abstenerse de establecer reglamentaciones que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de tales marcas a través del uso.¹⁴⁷⁴

6.562. A este respecto, el Grupo Especial tomó nota de la constatación del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* citada por la República Dominicana e Indonesia. El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas* el Grupo Especial declaró que "[c]ada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo ... de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas".¹⁴⁷⁵ El Grupo Especial recordó que el Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* había formulado esa constatación en el contexto del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC al examinar lo que constituye los "intereses legítimos" que deben tenerse en cuenta para justificar una excepción limitada al amparo de esa disposición.¹⁴⁷⁶

6.563. El Grupo Especial entendió que la constatación del Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* confirmaba simplemente que el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en preservar el carácter distintivo de su marca comprende su interés en usar su marca en relación con los bienes o servicios pertinentes, y que "esos intereses deben ser tenidos en cuenta -no *protegidos* como un *derecho*- al examinar si una excepción en la legislación nacional de un Miembro al *derecho* exclusivo de *impedir* el uso que confiere el párrafo 1 del artículo 16 cumple los criterios relativos a las excepciones admisibles establecidos en el artículo 17".¹⁴⁷⁷ El Grupo Especial dedujo por tanto que la constatación del Grupo Especial en el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* no respalda el argumento de que el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en preservar el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio registrada, y su interés en usar la marca con ese fin, crea una obligación general en virtud del párrafo 1 del artículo 16 que exige que los Miembros se abstengan de adoptar medidas que menoscaben o eliminen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2001 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186).

¹⁴⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2002.

¹⁴⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2003.

¹⁴⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2005.

¹⁴⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2003 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664).

¹⁴⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2006.

¹⁴⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2008. (con resalte en el original)

¹⁴⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2008.

6.564. El Grupo Especial puso de relieve que el elemento central del derecho conferido por el párrafo 1 del artículo 16 al titular de la marca de fábrica o de comercio es impedir un uso por terceros que dé lugar a "probabilidad de confusión" en el mercado. A juicio del Grupo Especial, la finalidad del párrafo 1 del artículo 16 no es proteger contra el debilitamiento del carácter distintivo debido a otras razones, como los cambios en las condiciones del mercado, la inacción del titular de la marca de fábrica o de comercio o los cambios en la percepción de los consumidores. Análogamente, el Grupo Especial consideró que el párrafo 1 del artículo 16 no implica que los Miembros tengan la obligación general de no menoscabar el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas mediante medidas reglamentarias.¹⁴⁷⁹

6.565. A este respecto, el Grupo Especial señaló otra constatación del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* según la cual, debido a que el Acuerdo sobre los ADPIC "prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos", no que se concedan "derechos positivos para explotar o utilizar", "muchas medidas destinadas a alcanzar ... objetivos [en materia de política pública] quedan fuera del ámbito de los derechos de propiedad intelectual y no requieren una excepción en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁴⁸⁰ El Grupo Especial consideró que esa constatación confirmaba su opinión de que, en ausencia de un derecho positivo de uso de una marca de fábrica o de comercio, las medidas reglamentarias que no afecten al derecho negativo de impedir los usos infractores no están prohibidas por el artículo 16. El Grupo Especial estimó que el contexto del párrafo 1 del artículo 16 confirmaba también su opinión. El Grupo Especial remitió al artículo 19, que prevé expresamente medidas oficiales que pueden constituir un obstáculo al uso de la marca de fábrica o de comercio. El Grupo Especial observó asimismo que el artículo 20 permite ciertas complicaciones en el uso de la marca de fábrica o de comercio por exigencias especiales.¹⁴⁸¹

6.566. En consecuencia, el Grupo Especial no estuvo de acuerdo con la alegación de que el párrafo 1 del artículo 16 impone a los Miembros la obligación general de abstenerse de medidas reglamentarias que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de determinadas marcas de fábrica o de comercio registradas, con independencia de que tales medidas afecten a las marcas incidental o directamente. El Grupo Especial subrayó que, dado que las medidas TPP no se habían declarado incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, la cuestión formulada por Honduras e Indonesia de si esas medidas son admisibles como "excepciones limitadas" al amparo del artículo 17 no se planteaba.¹⁴⁸²

6.567. El Grupo Especial también examinó un argumento planteado por Cuba, que Honduras reitera en apelación.¹⁴⁸³ Ante el Grupo Especial, Cuba, invocando el principio de interpretación efectiva de los tratados, adujo que el párrafo 1 del artículo 16 exige que los Miembros concedan a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas una "oportunidad mínima" de usar sus marcas, ya que, de no ser así, no se garantizan los derechos mínimos prescritos por el párrafo 1 del artículo 6.¹⁴⁸⁴

6.568. El Grupo Especial afirmó que, aunque el Acuerdo sobre los ADPIC reconoce el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar la marca de fábrica o de comercio registrada, el funcionamiento jurídico del "derecho de impedir" establecido en el párrafo 1 del artículo 16 no requiere *per se* el uso de la marca registrada en sí misma.¹⁴⁸⁵ A juicio del Grupo Especial, adoptar una interpretación del artículo 16 que exigiera a los Miembros salvaguardar una oportunidad mínima de usar la marca de fábrica o de comercio registrada no solo carece de fundamento en el texto de la propia disposición, sino que crearía una falta de armonía con las disposiciones de la Sección relativa a las marcas de fábrica o de comercio que: a) establecen expresamente las condiciones en las que el uso puede complicarse (artículo 20); y b) abordan las consecuencias de los obstáculos al uso (artículo 19). Según el Grupo Especial, esas disposiciones

¹⁴⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2011 y 7.2014.

¹⁴⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2015 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246).

¹⁴⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2015-7.2016.

¹⁴⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2018 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafo 252; y a la segunda comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 72).

¹⁴⁸³ Véase, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 153, 327-333 y 353.

¹⁴⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2019.

¹⁴⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2025 y nota 4516 a dicho párrafo, y párrafo 7.2026.

prevén claramente la posibilidad de impedir reglamentariamente el uso. Por estas razones, el Grupo Especial constató que la obligación de dar un sentido jurídicamente operativo a todas las disposiciones de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC de manera armoniosa, sin hacer redundante ninguna de ellas, no respalda una interpretación de que los derechos mínimos previstos en el artículo 16 exigen a los Miembros conceder una posibilidad mínima de utilizar una marca de fábrica o de comercio registrada.¹⁴⁸⁶

6.569. El Grupo Especial concluyó que la posibilidad de que se produzcan menos casos de "probabilidad de confusión" en el mercado no constituye, en y por sí misma, una infracción del párrafo 1 del artículo 16, porque el cumplimiento por los Miembros de la obligación de otorgar el derecho de impedir infracciones de marcas de fábrica o de comercio que prevé el párrafo 1 del artículo 16 es independiente de si tales infracciones se producen realmente en el mercado. A juicio del Grupo Especial, el párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros se abstengan de medidas reglamentarias que puedan afectar a la capacidad de mantener el carácter distintivo de las diferentes marcas de fábrica o de comercio ni que concedan una "oportunidad mínima" de usar una marca de fábrica o de comercio para proteger ese carácter distintivo.¹⁴⁸⁷

6.570. El Grupo Especial también constató que, para demostrar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana, el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición.¹⁴⁸⁸ El Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴⁸⁹

6.3.1.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16

6.571. Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16.¹⁴⁹⁰ La apelación de Honduras exige que identifiquemos el derecho que está protegido en virtud del párrafo 1 del artículo 16, el alcance de ese derecho y la obligación correspondiente impuesta a los Miembros de la OMC con respecto a ese derecho.

6.572. Como cuestión preliminar, observamos que parece haber cierto grado de tensión interna en los argumentos presentados en apelación por Honduras. Por una parte, Honduras sostiene que "la diferencia no trató nunca de si existe un 'derecho positivo [no definido] a hacer uso' de una marca de fábrica o de comercio".¹⁴⁹¹ Por otra parte, mantiene que "el uso de la marca de fábrica o de comercio determina la fuerza de la marca y por tanto afecta directamente al alcance de la protección conferida por el artículo 16".¹⁴⁹² En el mismo sentido, Honduras aduce que las constataciones del Grupo Especial relativas al párrafo 1 del artículo 16 separan los medios de protección del fin al que deben responder esos medios (la capacidad de utilizar la marca de fábrica o de comercio y ampliar su carácter distintivo, su notoriedad y su prestigio). Honduras sostiene que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, el titular de una marca de fábrica o de comercio puede incoar procedimientos judiciales para proteger su marca, "a fin de que esta pueda utilizarse" para desempeñar su importante función en el curso de operaciones comerciales.¹⁴⁹³

¹⁴⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2028-7.2030.

¹⁴⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2031. El Grupo Especial formuló otras dos constataciones que no son objeto de los presentes procedimientos de apelación: i) que Cuba no ha explicado de qué forma la anulación de una marca de fábrica o de comercio registrada que consista en signos no verbales no intrínsecamente distintivos y que pueda haber perdido carácter distintivo debido a la aplicación de las medidas TPP "constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 16". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2040); y ii) que Indonesia y Cuba, por referencia, no habían acreditado *prima facie* que las medidas TPP menoscaban el derecho conferido al titular de una marca de fábrica o de comercio por el párrafo 1 del artículo 16 al exigir el uso de marcas engañosamente similares en productos idénticos y al mismo tiempo privar a los titulares del recurso de impedir usos de signos similares que creen una "probabilidad de confusión". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2050).

¹⁴⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2050.

¹⁴⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2051.

¹⁴⁹⁰ Anuncio de apelación presentado por Honduras, página 3.

¹⁴⁹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 349.

¹⁴⁹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 431.

¹⁴⁹³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 325. (no se reproduce el resalte)

6.573. En la primera audiencia, formulamos a Honduras varias preguntas para poder comprender mejor su posición en apelación respecto de los derechos conferidos en virtud del párrafo 1 del artículo 16, y su impugnación de la interpretación que hizo el Grupo Especial de esa disposición. En respuesta a nuestras preguntas, Honduras explicó que considera que el uso es "esencial para todos los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio".¹⁴⁹⁴ En opinión de Honduras, los derechos conferidos son un medio para alcanzar un fin. Honduras subrayó que el fin del derecho establecido en el párrafo 1 del artículo 16 es "proteger el carácter distintivo de la marca".¹⁴⁹⁵ Añadió que el uso es esencial para mantener el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio en el mercado. Honduras afirmó que, al imponer una prohibición del uso, reduciendo con ello el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio en litigio, las medidas TPP han "reducido [efectivamente] el alcance de la protección".¹⁴⁹⁶

6.574. Sobre la base del anuncio de apelación de Honduras, de su comunicación del apelante y de sus respuestas a preguntas formuladas en la primera audiencia, entendemos que el razonamiento que sustenta cada uno de los argumentos de Honduras se centra en tres temas fundamentales e interrelacionados: i) el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC (leído junto con los artículos 15, 17, 19 y 20 de dicho Acuerdo) confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho a utilizar su marca; ii) el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio y la "probabilidad de confusión" en el sentido del párrafo 1 del artículo 16 son conceptos estrechamente relacionados que imponen a los Miembros la obligación de proteger el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio mediante su uso; y iii) de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, los Miembros deben garantizar un nivel mínimo de protección en relación con el carácter distintivo y el uso de las marcas de fábrica o de comercio, lo que entonces "garantiza determinados resultados".¹⁴⁹⁷ En consecuencia, al abordar los argumentos de Honduras, también abordamos, entre otras cosas, esos tres temas recurrentes.

6.575. Comenzamos con la afirmación de Honduras de que las constataciones del Grupo Especial relativas al párrafo 1 del artículo 16 separan los medios de protección del fin al que deben responder esos medios (la capacidad de utilizar la marca de fábrica o de comercio y ampliar su carácter distintivo, su notoriedad y su prestigio). Honduras sostiene que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, el titular de una marca de fábrica o de comercio puede incoar procedimientos judiciales para proteger su marca, "a fin de que esta pueda utilizarse" para desempeñar su importante función en el curso de operaciones comerciales.¹⁴⁹⁸ Honduras aduce que el Grupo Especial ignoró la importancia del "uso" para la observancia de las marcas de fábrica o de comercio e interpretó el artículo 16 sin considerar, en particular, el contexto de los artículos 15, 19 y 20, que, según Honduras, sitúan el uso funcional de las marcas de fábrica o de comercio en el centro de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴⁹⁹

6.576. Para Australia, la implicación necesaria del argumento de Honduras es que el titular de una marca de fábrica o de comercio tiene derecho a hacer uso de la marca, a fin de mantener el carácter distintivo de esa marca y, por tanto, mantener la capacidad del titular de demostrar la existencia de "probabilidad de confusión".¹⁵⁰⁰ En opinión de Australia, el párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros confieran al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho a utilizar esa marca.¹⁵⁰¹

6.577. El punto de partida de nuestro análisis es el texto del Acuerdo sobre los ADPIC. Dada la estructura singular del Acuerdo sobre los ADPIC en comparación con los demás acuerdos abarcados¹⁵⁰², para establecer debidamente el derecho que está protegido en virtud del párrafo 1

¹⁴⁹⁴ Respuesta de Honduras a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹⁴⁹⁵ Respuesta de Honduras a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹⁴⁹⁶ Respuesta de Honduras a preguntas formuladas en la primera audiencia.

¹⁴⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 375.

¹⁴⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 325. (no se reproduce el resalte)

¹⁴⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 366.

¹⁵⁰⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 123 y nota 135 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 359).

¹⁵⁰¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 87.

¹⁵⁰² El Acuerdo sobre los ADPIC trata de los derechos de propiedad intelectual, que son *derechos privados* de los que son titulares personas físicas o jurídicas. (Acuerdo sobre los ADPIC, cuarto considerando del preámbulo). A los efectos del Acuerdo sobre los ADPIC, las personas físicas o jurídicas que sean los titulares de los derechos deben ser nacionales de Miembros de la OMC. (Acuerdo sobre los ADPIC, nota 1 al párrafo 3). Además, una proporción significativa del contenido del Acuerdo sobre los ADPIC procede de

del artículo 16 y la obligación correspondiente de los Miembros de la OMC, consideramos conveniente situar el párrafo 1 del artículo 16 en su debido contexto en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁵⁰³

6.578. El párrafo 1 del artículo 1 impone a los Miembros la obligación de "aplicar[] las disposiciones del" Acuerdo sobre los ADPIC. Concretamente, por lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio, los Miembros tienen la obligación de aplicar las disposiciones de los artículos 15 a 21 de dicho Acuerdo.

6.579. El párrafo 1 del artículo 15 define la materia que es objeto de protección como marca de fábrica o de comercio.¹⁵⁰⁴ Con arreglo a esa disposición, podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Así pues, una marca de fábrica o de comercio sirve para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. El párrafo 1 del artículo 15 también dispone que "[c]uando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso". Por consiguiente, el párrafo 1 del artículo 15 da a entender que, por lo que respecta a la posibilidad de registro, la norma es que se presenten signos que sean "intrínsecamente" distintivos. Solamente en los casos en que un signo no es intrínsecamente distintivo resulta pertinente el "carácter distintivo que haya[] adquirido mediante su uso". Observamos que el "carácter distintivo" de un signo, tal como se considera en el párrafo 1 del artículo 15, guarda relación con la posibilidad de registro de un signo como marca de fábrica o de comercio, y no con los derechos conferidos al titular de la marca de fábrica o de comercio una vez registrada su marca. Recordamos que la cuestión de si un signo puede registrarse como marca de fábrica o de comercio no está en litigio en estos procedimientos.

6.580. Mientras que el artículo 15 define la materia que puede ser objeto de protección como marca de fábrica o de comercio y las normas por las que se rige la posibilidad de registro de un signo como marca de fábrica o de comercio, el artículo 16 aborda los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio tras ese registro.¹⁵⁰⁵ El párrafo 1 del artículo 16 dispone lo siguiente:

El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso

acuerdos o convenios internacionales preexistentes en materia de propiedad intelectual que se negociaron fuera del marco del GATT de 1947/OMC. Asimismo, el Acuerdo sobre los ADPIC, como acuerdo que aborda los derechos de propiedad intelectual, trata principalmente de la creación y la protección de derechos privados *exclusivos*. Por definición, esos derechos exclusivos sirven para restringir la actividad comercial y exigen una intervención activa del Gobierno para lograr la observancia de esas restricciones. Como declararon los Grupos Especiales en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, el Acuerdo sobre los ADPIC "en general ... no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos". (Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.210).

¹⁵⁰³ Como ha indicado el Órgano de Apelación, "el intérprete de un tratado debe interpretar todas las disposiciones aplicables de un tratado de un modo tal que dé sentido a *todas* ellas de manera armoniosa". (Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 81 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 81; *India - Patentes (Estados Unidos)*, nota 25 al párrafo 45; *Estados Unidos - Gasolina*, página 27; y *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 15) (con resalte en el original)).

¹⁵⁰⁴ Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.600. El párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que:

Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente.

¹⁵⁰⁵ Los párrafos 2 y 3 del artículo 16, que no están en litigio en estos procedimientos de apelación, se refieren a la protección de las marcas notoriamente conocidas de conformidad con el artículo 6*bis* del Convenio de París (1967).

dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso.¹⁵⁰⁶

6.581. La primera frase del párrafo 1 del artículo 16 identifica al titular del derecho exclusivo conferido en virtud de esta disposición como el "titular de una marca de fábrica o de comercio registrada". El titular de la marca de fábrica o de comercio puede ejercer su derecho exclusivo frente a "cualesquiera terceros [que no cuenten con] su consentimiento" (terceros no autorizados). Así pues, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada puede ejercer el derecho exclusivo que le confiere el párrafo 1 del artículo 16 frente a un tercero no autorizado, pero no frente al Miembro de la OMC en cuyo territorio esté protegida la marca. En cambio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1, los Miembros de la OMC están obligados a "aplicar[]" el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su derecho exclusivo frente a terceros no autorizados.¹⁵⁰⁷

6.582. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada goza del derecho exclusivo de "impedir" que cualesquiera terceros no autorizados se comporten de una determinada manera en el curso de operaciones comerciales. Por consiguiente, el derecho exclusivo conferido en virtud del párrafo 1 del artículo 16 es un derecho que otorga al titular de una marca de fábrica o de comercio la facultad de "impedir" un determinado comportamiento, lo que puede entenderse como la facultad de "*preclude, stop, or hinder*" (excluir, detener u obstaculizar)¹⁵⁰⁸ tal comportamiento. Como indicó el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, "en general el Acuerdo sobre los ADPIC no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos".¹⁵⁰⁹ Concretamente, el párrafo 1 del artículo 16 otorga al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho exclusivo de impedir que terceros no autorizados utilicen, en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca.¹⁵¹⁰

6.583. No obstante, el titular de una marca de fábrica o de comercio solo puede ejercer el derecho exclusivo que le confiere el párrafo 1 del artículo 16 frente a un tercero no autorizado una vez que se cumplen determinadas condiciones acumulativas: i) el tercero no autorizado debe estar utilizando los signos idénticos o similares para bienes o servicios "en el curso de operaciones comerciales"; ii) los bienes o servicios para los que el tercero no autorizado está utilizando los signos idénticos o similares deben ser idénticos o similares a los bienes o servicios para los que se ha registrado la

¹⁵⁰⁶ Señalamos que el Convenio de París (1967) no contiene ninguna disposición análoga al párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁵⁰⁷ Como indicó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, "el artículo 16 confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada un nivel mínimo internacionalmente acordado de 'derechos exclusivos' que todos los Miembros de la OMC deben garantizar en su legislación interna". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186) (con resalte en el original)

¹⁵⁰⁸ Oxford English Dictionary en línea, definición de "*prevent*" (impedir), <https://www.oed.com/view/Entry/151073?rskey=rO5lqh&result=2&isAdvanced=false#eid>, consulta realizada el 24 de febrero de 2020.

¹⁵⁰⁹ Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246; véase también el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.210.

¹⁵¹⁰ Observamos que la tercera frase del párrafo 1 del artículo 16 precisa el derecho conferido en virtud de la primera frase. (Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.602; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.602) La tercera frase indica que los derechos exclusivos mencionados en la primera frase "se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso". Esta tercera frase refleja la realidad de que, dependiendo del régimen jurídico nacional de un Miembro, la titularidad de una marca de fábrica o de comercio puede ser adquirida mediante su registro o mediante su uso. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 199).

marca; y iii) el uso de los signos idénticos o similares por el tercero no autorizado "d[a] lugar a probabilidad de confusión".

6.584. Con respecto a esta tercera condición, recordamos que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 15, para que un signo "p[ueda] registrarse" como marca de fábrica o de comercio, debe ser "capa[z] de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". En nuestra opinión, la probabilidad de confusión, que puede derivarse de la conducta de terceros no autorizados identificada en el párrafo 1 del artículo 16, guarda relación con la función distintiva de la marca de fábrica o de comercio en cuestión. Esta opinión se ve respaldada por la segunda frase del párrafo 1 del artículo 16, que aclara que, en el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. De hecho, el uso de signos idénticos eliminaría efectivamente la capacidad de una marca de fábrica o de comercio de "distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas", tal como se refleja en el párrafo 1 del artículo 15.

6.585. No obstante, si bien coincidimos con Honduras en que el riesgo de que exista "probabilidad de confusión" en el sentido del párrafo 1 del artículo 16 guarda relación con la función distintiva de una marca de fábrica o de comercio, advertimos que no deben realizarse extrapolaciones demasiado generales a partir de esa relación. A este respecto, señalamos la afirmación de Honduras de que la protección del carácter distintivo mediante el uso de una marca de fábrica o de comercio está implícita en el fin del párrafo 1 del artículo 16. Según Honduras:

El párrafo 1 del artículo 16 proporciona a las partes privadas un medio para lograr un fin: han de garantizarse los "derechos conferidos" para que el titular de una marca de fábrica o de comercio pueda proteger el carácter distintivo de la marca emprendiendo acciones judiciales contra el uso no autorizado de signos similares. Sin embargo, la posibilidad de emprender esas judiciales legales no es un fin en sí misma; antes bien, es en última instancia solo un medio que responde a un determinado fin. El titular puede incoar procedimientos judiciales para proteger su marca de fábrica o de comercio, a fin de que esta pueda utilizarse para desempeñar su importante función en el curso de operaciones comerciales. Esto, a su vez, permitirá al titular de la marca de fábrica o de comercio seguir desarrollando un prestigio sobre la base de esa marca.

Las constataciones del Grupo Especial relativas al párrafo 1 del artículo 16 separan los medios de protección del fin al que deben responder esos medios (la capacidad de utilizar la marca de fábrica o de comercio y ampliar su carácter distintivo, su notoriedad y su prestigio). El resultado es una visión formalista y excesivamente restringida de dichos medios, considerados de manera casi totalmente aislada, que da lugar a una protección mínima que carece de sentido.¹⁵¹¹

6.586. Observamos que, al presentar este argumento, Honduras no hace referencia alguna al texto del artículo 16 ni, de hecho, a ninguna otra disposición del Acuerdo sobre los ADPIC. Tampoco hemos encontrado en el Acuerdo ningún texto que respalde la posición de que el *fin* del derecho exclusivo enunciado en el párrafo 1 del artículo 16 es que el titular de una marca de fábrica o de comercio pueda proteger el carácter distintivo de la marca mediante el uso continuado de esa marca por el titular. En este sentido, recordamos que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que, "[e]n lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967)". Ninguna de esas disposiciones del Convenio de París (1967) mencionadas otorgan al titular de una marca de fábrica o de comercio un derecho positivo a hacer uso de su marca ni un derecho a proteger el carácter distintivo de esa marca mediante su uso.¹⁵¹² Así pues, ni el Acuerdo sobre los ADPIC ni las

¹⁵¹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 325-326. (no se reproduce el resalte)

¹⁵¹² A este respecto, señalamos que Australia presentó al Grupo Especial una respuesta dada por la OMPI en 1994 a consultas realizadas por estudios jurídicos sobre si el Convenio de París (1967) exige que los países permitan el uso de marcas de fábrica o de comercio. La OMPI señaló que el Convenio de París (1967) contiene varias disposiciones en las que se establecen normas para el registro y la protección de esas marcas. No obstante, la OMPI indicó que "[e]l Convenio de París no contiene ninguna obligación en el sentido de que deba permitirse el uso de una marca de fábrica o de comercio registrada". (Primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 246 (donde se cita la carta de 6 de julio de 1994, dirigida por D. Latham, de Lovell, White, Durrant, a J. Smithson, Gerente de Relaciones Públicas de Rothmans International Services Limited, a la que se adjunta una carta de fecha 5 de julio de 1994, dirigida por L. Baeumer, Director

disposiciones del Convenio de París (1967) incorporadas por referencia en el Acuerdo sobre los ADPIC confieren al titular de una marca de fábrica o de comercio un derecho positivo a hacer uso de su marca ni un derecho a proteger el carácter distintivo de esa marca mediante su uso. Por consiguiente, los Miembros no tienen la obligación correspondiente de "aplicar[]"¹⁵¹³ tales "derechos". En cambio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados.

6.587. Como observó el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, el Acuerdo sobre los ADPIC "en general ...no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos".¹⁵¹⁴ Concretamente, el párrafo 1 del artículo 16 otorga al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho exclusivo de impedir que terceros no autorizados utilicen, en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca. El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada puede ejercer su "derecho exclusivo" frente a un tercero no autorizado pero no frente al Miembro de la OMC en cuyo territorio esté protegida la marca. En cambio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados. Por lo tanto, a efectos de la solución de diferencias en el marco de la OMC, para establecer que un Miembro de la OMC ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16, el Miembro reclamante debe demostrar que, de conformidad con el régimen jurídico nacional del Miembro demandado, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada no puede ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados.

6.588. Por las razones expuestas, constatamos que el Grupo Especial actuó con acierto al constatar que:

El párrafo 1 del artículo 16 no establece un derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a hacer uso de su marca registrada. Más bien, el párrafo 1 del artículo 16 se limita a prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada a impedir determinadas actividades por terceros no autorizados en las condiciones establecidas en la primera frase de ese párrafo.¹⁵¹⁵

6.589. Honduras también impugna la constatación del Grupo Especial de que "no [hay] en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 indicación alguna de que los Miembros estén obligados a mantener el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas, o a abstenerse de establecer reglamentaciones que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de tales marcas a través del uso".¹⁵¹⁶ Honduras sostiene que la presente diferencia no trató nunca de si existe un "derecho positivo [no definido] a hacer uso" de una marca de fábrica o de comercio, ni tampoco del "derecho a mantener o ampliar el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio individual" a la luz de las condiciones del mercado.¹⁵¹⁷ Según Honduras, la cuestión sometida al Grupo Especial era si unas medidas que reducen el alcance de los derechos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16 de manera directa y deliberada son compatibles con la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 16 de garantizar una protección mínima. Honduras afirma que el Grupo Especial "no abordó nunca esa cuestión y formuló constataciones generales que no son

del Departamento de Derecho de Propiedad Industrial de la OMPI, a D. Latham, de Lovell, White, Durrant, Nº Bates 502592535-502592536 (Prueba documental AUS-234 presentada al Grupo Especial)))

¹⁵¹³ Párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁵¹⁴ Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.246; véase también el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.210.

¹⁵¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1978.

¹⁵¹⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 342 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2005).

¹⁵¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 348-349 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2015).

pertinentes para el asunto de que se trata".¹⁵¹⁸ A este respecto, Honduras se refiere al razonamiento del Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones* de que "el artículo 16 confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada un nivel mínimo internacionalmente acordado de 'derechos exclusivos' que todos los Miembros de la OMC deben garantizar en su legislación interna" para afirmar que el artículo 16 impone a los Miembros de la OMC la obligación de garantizar determinados resultados.¹⁵¹⁹

6.590. Australia responde afirmando que una interpretación basada en un "derecho de uso", un "derecho de carácter distintivo" o un "derecho de confusión" implícitos no tiene ningún fundamento en el texto. Según Australia, un análisis interpretativo adecuado conforme al artículo 31 de la Convención de Viena¹⁵²⁰ establece que ninguno de esos "derechos" está protegido por el párrafo 1 del artículo 16, y el argumento de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al no interpretar el texto de esa disposición en el sentido de que incluye alguno de esos "derechos" inexistentes es infundado.¹⁵²¹

6.591. Señalamos la referencia de Honduras al razonamiento del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*.¹⁵²² El Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

Según nuestra interpretación, el artículo 16 confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada un nivel mínimo internacionalmente acordado de "derechos exclusivos" que todos los Miembros de la OMC deben garantizar en su legislación interna. Estos derechos exclusivos protegen al titular contra toda infracción de la marca de fábrica o de comercio registrada por terceras partes no autorizadas.¹⁵²³

6.592. Al referirse a los "derechos exclusivos" que los Miembros deben garantizar en su legislación interna, el Órgano de Apelación puso cuidado en subrayar que esos "derechos exclusivos" protegen al titular contra toda infracción de la marca de fábrica o de comercio registrada por terceras partes no autorizadas.¹⁵²⁴ De hecho, por lo que respecta al párrafo 1 del artículo 16, los Miembros deben garantizar que, en su legislación interna, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada goce del "derecho exclusivo de impedir" que terceros no autorizados infrinjan su marca. Contrariamente a lo que indica Honduras, el párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros "garanticen determinados resultados"¹⁵²⁵, más allá de lo que se formula expresamente en la disposición. Por tanto, consideramos que el Grupo Especial actuó con acierto al constatar que:

7.1980. ... En esencia, la obligación que impone el párrafo 1 del artículo 16 consiste en asegurar que existan derechos para obtener una reparación por tales actos de infracción. De lo cual se deduce que, para probar que las medidas TPP infringen la obligación contraída por Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana[*], el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición.

¹⁵¹⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 349.

¹⁵¹⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 375 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186 (el resalte es de Honduras)).

¹⁵²⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27 (Convención de Viena).

¹⁵²¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 140.

¹⁵²² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 375 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186 (el resalte es de Honduras)). Observamos que, pese a los varios intercambios mantenidos en la primera audiencia en estos procedimientos de apelación, Honduras no facilitó ninguna respuesta específica en cuanto a cuáles eran, a su juicio, los "derechos mínimos que los Miembros deben proteger en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 420).

¹⁵²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186. (no se reproduce la nota de pie de página; no se reproduce el resalte)

¹⁵²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 186.

¹⁵²⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 375.

...

[*nota del original] ⁴⁴⁴⁷ En virtud del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a "aplicar[]" las disposiciones del presente Acuerdo".

7.2005. Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* de que el párrafo 1 del artículo 16 no contiene un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio, y de que los Miembros cumplen la obligación enunciada en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 otorgando al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho exclusivo de impedir las infracciones de la marca de la manera descrita por los criterios establecidos en ese párrafo. ... [E]l cumplimiento de esta obligación es independiente de si se producen realmente las infracciones de marcas de fábrica o de comercio en el mercado, o de si los titulares de los derechos optan realmente por ejercer el derecho de impedir de que disponen. Habida cuenta de ello, no encontramos en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 indicación alguna de que los Miembros estén obligados a mantener el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio registradas, o a abstenerse de establecer reglamentaciones que puedan afectar negativamente al carácter distintivo de tales marcas a través del uso.¹⁵²⁶

6.593. También en relación con el texto del párrafo 1 del artículo 16, tomamos nota del argumento de Honduras sobre la expresión "derecho exclusivo de impedir" empleada en esa disposición. Honduras se remite al informe del Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*. Ese Grupo Especial señaló que el "derecho exclusivo" a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 16 indica que "ese derecho pertenece únicamente al titular de la marca de fábrica o de comercio registrada, que podrá ejercitarlo para impedir determinados usos por 'cualesquiera terceros' que no cuenten con el consentimiento del titular".¹⁵²⁷ Honduras indica que el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, junto con los artículos 20 y 26 de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de Australia de 1995 (Cth) (Ley TM), muestra que "decir que el titular goza del derecho exclusivo de impedir el uso por otros no es de hecho diferente de decir que el titular es el único que puede utilizar la marca".¹⁵²⁸

6.594. En su argumento, Honduras confunde los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en Australia en virtud de los artículos 20 y 26 de la Ley TM de Australia con los derechos conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por una parte, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del "derecho exclusivo de impedir" que cualesquiera terceros no autorizados utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. Por otra parte, el artículo 20 de la Ley TM de Australia -que no se impugna en las presentes diferencias- dispone que, "[s]i se registra una marca de fábrica o de comercio, el titular registrado de la marca gozará, a reserva de lo dispuesto en esta Parte, de los derechos exclusivos: a) a hacer uso de la marca de fábrica o de comercio ... en relación con los bienes y/o servicios para los que se haya registrado la marca".¹⁵²⁹ Asimismo, el artículo 26 de la Ley TM dispone lo siguiente:

A reserva de lo dispuesto en cualquier acuerdo entre el titular registrado de una marca de fábrica o de comercio registrada y un usuario autorizado de la marca, este último podrá realizar cualquiera de los siguientes actos:

¹⁵²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1980 y 7.2005.

¹⁵²⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 408 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.602). (no se reproduce el resalte de Honduras)

¹⁵²⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 411 y notas 190-191 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Ley TM (Prueba documental JE-6 presentada al Grupo Especial), artículos 20 y 26).

¹⁵²⁹ Ley TM (Prueba documental JE-6 presentada al Grupo Especial), artículo 20(1).

a) el usuario autorizado podrá utilizar la marca de fábrica o de comercio en relación con los bienes y/o servicios para los que se haya registrado la marca, a reserva de cualquier condición o limitación con sujeción a la cual se ha registrado la marca[.]¹⁵³⁰

6.595. La Ley TM hace referencia expresa al derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio, o de su usuario autorizado, a "utilizar" la marca. El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC no contiene ningún texto similar. Además, cualquier alegación relativa a la infracción de la legislación interna de Australia está sujeta a resolución y cumplimiento en el marco del régimen jurídico nacional de Australia. Como se indica en el párrafo 6.587 *supra*, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados. Por lo tanto, a efectos de la solución de diferencias en el marco de la OMC, para establecer que un Miembro de la OMC ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16, el Miembro reclamante debe demostrar que, de conformidad con el régimen jurídico nacional del Miembro demandado, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada no puede ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados. Así pues, el recurso por Honduras a la Ley TM de Australia¹⁵³¹, que no es una medida en litigio en las presentes diferencias, no guarda ninguna relación con el derecho conferido en virtud del párrafo 1 del artículo 16. Tampoco introduce la Ley TM de Australia una obligación general en virtud del párrafo 1 del artículo 16 que exija que los Miembros protejan el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio a utilizar su marca.

6.596. Antes bien, entendemos que Australia, a través de su Ley TM, ha previsto la "protección más amplia" contemplada en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC. La segunda frase dispone que "[l]os Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo".¹⁵³² Así pues, cuando un Miembro prevé individualmente una "protección más amplia", ello no implica obligaciones adicionales en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. Más bien, la "protección más amplia" pasa a ser una cuestión que se debe resolver y hacer cumplir a nivel nacional. Por las razones expuestas, rechazamos la afirmación de Honduras de que "decir que el titular goza del derecho exclusivo de impedir el uso por otros no es de hecho diferente de decir que el titular es el único que puede utilizar la marca".¹⁵³³

6.597. Honduras también se refiere a la expresión "probabilidad de confusión" empleada en el párrafo 1 del artículo 16 para aducir que el uso de la marca de fábrica o de comercio determina la fuerza de la marca y por tanto afecta directamente al alcance de la protección conferida por el párrafo 1 del artículo 16. Sostiene que incluso una acción contra la infracción de una marca intrínsecamente distintiva probablemente fracasaría debido a la ausencia de probabilidad de confusión como resultado de la escasa fuerza de la marca en el mercado. Más bien, Honduras considera que el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio, su uso y la probabilidad de confusión "son conceptos estrechamente relacionados".¹⁵³⁴ Por tanto, Honduras sostiene que "tratar la 'probabilidad de confusión' como una condición de activación separada pasa por alto esa característica del derecho de marcas de fábrica o de comercio".¹⁵³⁵ En opinión de Honduras, un Miembro que directa y deliberadamente pretende reducir la fuerza de la marca, haciendo así que, con el tiempo, sea imposible demostrar una probabilidad de confusión en un contexto distinto del de la utilización de signos idénticos en productos idénticos (cuando se presume que existe tal probabilidad), actúa de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16.¹⁵³⁶

¹⁵³⁰ Ley TM (Prueba documental JE-6 presentada al Grupo Especial), artículo 26(1)(a).

¹⁵³¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 411 y notas 190-191 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Ley TM (Prueba documental JE-6 presentada al Grupo Especial), artículos 20 y 26).

¹⁵³² Véase también el informe del Grupo Especial, *China - Derechos de propiedad intelectual*, párrafo 7.513.

¹⁵³³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 411 y notas 190-191 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Ley TM (Prueba documental JE-6 presentada al Grupo Especial), artículos 20 y 26).

¹⁵³⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 428.

¹⁵³⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 429.

¹⁵³⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 429-435.

6.598. En su comunicación del apelante, Honduras no identificó los aspectos de la interpretación del Grupo Especial que impugnaba bajo esta rúbrica de "probabilidad de confusión". En respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia, Honduras indicó que el Grupo Especial confundía el concepto de "probabilidad de confusión" del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC con la confusión real que se prohíbe en el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)¹⁵³⁷, incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2. Concretamente, Honduras señaló las siguientes declaraciones formuladas por el Grupo Especial:

No hay nada en el texto de la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 que indique que -como los reclamantes dan a entender- los Miembros tengan obligación, no solo de otorgar protección cuando surja efectivamente una probabilidad de confusión, sino también de mantener las condiciones del mercado que harían posible que las circunstancias previstas en esa disposición, incluida la probabilidad de confusión, se produjesen realmente en una situación concreta. Más bien, los Miembros deben asegurar que, en caso de que se den *efectivamente* esas circunstancias, se otorgue el derecho de impedir tal uso.¹⁵³⁸

6.599. En primer lugar, contrariamente a lo que afirma Honduras, de la cita *supra* se desprende claramente que el Grupo Especial no confundió los conceptos de "confusión real" y "probabilidad de confusión". Más bien, el Grupo Especial se refería, en sus propias palabras, a las "condiciones del mercado que harían posible que las circunstancias previstas en esa disposición, incluida la probabilidad de confusión, se produjesen *realmente*".¹⁵³⁹ En segundo lugar, como se ha indicado anteriormente, el titular de una marca de fábrica o de comercio solo puede ejercer el derecho exclusivo que le confiere el párrafo 1 del artículo 16 una vez que se cumplen determinadas condiciones acumulativas.¹⁵⁴⁰ De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados en caso de que se den esas tres condiciones acumulativas. Por esta razón, estamos de acuerdo con la declaración del Grupo Especial de que "los Miembros deben asegurar que, en caso de que se den *efectivamente* esas circunstancias, se otorgue el derecho de impedir tal uso".¹⁵⁴¹

6.600. Más fundamentalmente, sobre la base de nuestra interpretación de la comunicación del apelante presentada por Honduras y de sus respuestas a preguntas formuladas en la primera audiencia, la posición de Honduras es que, de no permitirse al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada utilizar su marca, sería menos probable que se produjera la situación fáctica conducente a una "probabilidad de confusión". Por tanto, Honduras sostiene que la reducción de la incidencia de la situación fáctica contemplada en el párrafo 1 del artículo 16 menoscaba el derecho conferido al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada en virtud de dicho párrafo. Esta interpretación del argumento de Honduras está en consonancia con la explicación del Grupo Especial de que "los reclamantes sost[uvieron] que, en virtud de las medidas TPP, la situación fáctica de la infracción de marcas de fábrica o de comercio expuesta en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16 tendrá lugar con menos frecuencia y respecto de menos signos que antes, y que esto que constituye una reducción del derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio, en infracción del párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁴²

6.601. Recordamos que la "probabilidad de confusión", que puede derivarse de la conducta de terceros no autorizados identificada en el párrafo 1 del artículo 16, guarda relación con la función distintiva de la marca de fábrica o de comercio en cuestión, descrita en el párrafo 1 del artículo 15.

¹⁵³⁷ El párrafo 3) 1 del artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) dispone que deberá prohibirse "cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor".

¹⁵³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2000. (sin resalte en el original)

¹⁵³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2000. (sin resalte en el original)

¹⁵⁴⁰ Como se indica en el párrafo 6.583 *supra*, esas condiciones acumulativas consisten en que: i) el tercero no autorizado debe estar utilizando los signos idénticos o similares para bienes o servicios "en el curso de operaciones comerciales"; ii) los bienes o servicios para los que el tercero no autorizado está utilizando los signos idénticos o similares deben ser idénticos o similares a los bienes o servicios para los que se ha registrado la marca; y iii) el uso de los signos idénticos o similares por el tercero no autorizado "d[a] lugar a probabilidad de confusión".

¹⁵⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2000. (sin resalte en el original)

¹⁵⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1986. (no se reproduce la nota de pie de página)

No obstante, como observó el Grupo Especial, "[l]os Miembros no han asumido la responsabilidad general de preservar el carácter distintivo de los signos, ni antes ni después de que tales signos se hayan registrado como marcas de fábrica o de comercio".¹⁵⁴³ Además, excepto en lo que respecta a la situación descrita en su segunda frase, el párrafo 1 del artículo 16 no define los criterios para examinar si el uso de signos similares por un tercero no autorizado "d[a] lugar a probabilidad de confusión". Así pues, contrariamente a lo que indica Honduras, el párrafo 1 del artículo 16 no: i) exige que los Miembros concedan al titular de una marca de fábrica o de comercio una "oportunidad mínima" de usar su marca para preservar o fortalecer el carácter distintivo de la misma; ii) establece los criterios para evaluar si el uso no autorizado de signos similares por terceros ha "da[do] lugar a probabilidad de confusión" con la marca de fábrica o de comercio registrada; ni iii) exige que los Miembros se aseguren de que se produzca la situación fáctica que contemplan las condiciones acumulativas establecidas en el párrafo 1 del artículo 16.

6.602. Por las razones expuestas, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que:

[L]a posibilidad de que se produzcan menos casos de "probabilidad de confusión" en el mercado no constituye, por sí misma, una infracción del párrafo 1 del artículo 16, porque el cumplimiento por los Miembros de la obligación de otorgar el derecho de impedir infracciones de marcas de fábrica o de comercio que prevé el párrafo 1 del artículo 16 es independiente de si tales infracciones se producen realmente en el mercado. El párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros se abstengan de medidas reglamentarias que puedan afectar a la capacidad de mantener el carácter distintivo de las diferentes marcas de fábrica o de comercio ni que concedan una "oportunidad mínima" de usar una marca de fábrica o de comercio para proteger ese carácter distintivo.¹⁵⁴⁴

6.603. Por lo que se refiere al contexto pertinente del párrafo 1 del artículo 16, Honduras se remite al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC para afirmar que, al interpretar esta disposición, el Grupo Especial confirmó que el "uso está protegido por el Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵⁴⁵ A juicio de Honduras, los "derechos exclusivos" previstos en el párrafo 1 del artículo 16 se confieren en el contexto de una presunción de uso sin complicaciones, lo que se encuentra reflejado en el artículo 20.¹⁵⁴⁶ Así pues, según Honduras, el Grupo Especial constató que cualesquiera exigencias que afecten directamente al uso y el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio están sujetas a una demostración de la existencia de "buenas razones suficientes para justificar" la complicación. En opinión de Honduras, ello "confirma que el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC es la protección de los derechos de propiedad intelectual en general y el uso ordenado de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en particular".¹⁵⁴⁷ Honduras sostiene que "[e]l artículo 20 es un contexto importante para el párrafo 1 del artículo 16 e impone a los Miembros justo la obligación que el Grupo Especial se niega a interpretar que está incluida en el párrafo 1 del artículo 16 o a incorporar como parte del contexto de esta disposición".¹⁵⁴⁸ Considera que la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16 negaba este importante contexto "que confirma la importancia del uso a efectos de comprender la naturaleza y el alcance de los derechos conferidos por el párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁴⁹ Honduras subraya que las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio para un Miembro "pueden afectar también a los derechos privados conferidos a los titulares de marcas de fábrica o de comercio por el párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁵⁰ Sostiene que las preguntas pertinentes que debería haber formulado el Grupo Especial eran si la complicación es tal que reduce el nivel de protección por debajo de la garantía mínima del párrafo 1 del artículo 16 y, de ser así, si podría estar justificada como una excepción limitada al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, Honduras aduce que el Grupo Especial ni siquiera consideró esta posibilidad sobre la base de su lectura aislada del párrafo 1 del artículo 16.¹⁵⁵¹

¹⁵⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2028.

¹⁵⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2031.

¹⁵⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 415.

¹⁵⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 415.

¹⁵⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 415.

¹⁵⁴⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 347.

¹⁵⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 416.

¹⁵⁵⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 416.

¹⁵⁵¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 416.

6.604. Australia no está de acuerdo con el argumento de Honduras de que el Grupo Especial "ignora la importancia del 'uso' para la observancia de las marcas de fábrica o de comercio e interpreta el artículo 16 sin considerar, en particular, el contexto de los artículos 15, 19 y 20, que sitúan el uso funcional de las marcas de fábrica o de comercio en el centro de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵⁵² Australia subraya que el Grupo Especial "examinó detenidamente" el contexto de las demás disposiciones pertinentes de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC y determinó que cada una de esas disposiciones respaldaba su conclusión de que "las medidas reglamentarias que no afecten al derecho negativo de impedir los usos infractores no están prohibidas por el artículo 16".¹⁵⁵³ Australia también está de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que adoptar una interpretación del artículo 16 que exigiera a los Miembros "'salvaguardar una oportunidad mínima de usar la marca de fábrica o de comercio registrada' sería incompatible con los artículos 19 y 20, que 'prevén claramente la posibilidad de impedir reglamentariamente el uso'".¹⁵⁵⁴

6.605. Contrariamente a lo que afirma Honduras, no consideramos que la interpretación que hizo el Grupo Especial repose "sobre la base de su lectura aislada del párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁵⁵ La interpretación hecha por el Grupo Especial tampoco "niega este importante contexto"¹⁵⁵⁶ proporcionado por las demás disposiciones de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. En lugar de ello, al llegar a su interpretación del párrafo 1 del artículo 16, el Grupo Especial ofreció la siguiente explicación:

7.2027. El uso de las marcas de fábrica o de comercio registradas se aborda en otras disposiciones de la Sección 2 de la Parte II. Entre ellas, figura el artículo 19, que prevé expresamente que los obstáculos al uso de las marcas de fábrica o de comercio pueden surgir independientemente de la voluntad del titular de la marca, incluso sobre la base de prescripciones gubernamentales. El artículo 20 prohíbe las exigencias especiales que compliquen injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, lo cual, inversamente, permite complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio en determinadas circunstancias. Observamos también que el interés del titular de una marca de fábrica o de comercio en usar su marca en relación con los bienes o servicios pertinentes se ha reconocido como parte de su interés legítimo en preservar el carácter distintivo de su marca en el contexto del artículo 17, y que, por lo tanto, debe tenerse en cuenta al evaluar la legitimidad de las excepciones a los derechos exclusivos otorgados por el párrafo 1 del artículo 16.

7.2028. ... La importancia del uso de una marca de fábrica o de comercio se reconoce en el Acuerdo sobre los ADPIC, condicionando las medidas que compliquen ese uso en el contexto del artículo 20 y reconociendo el interés del titular de los derechos en utilizar la marca de fábrica o de comercio a fin de mantener su carácter distintivo como factor para determinar las excepciones admisibles en el contexto del artículo 17. Al mismo tiempo, está claro que pueden existir y existen legítimamente obstáculos al uso de las marcas de fábrica o de comercio, y que los Miembros conservan la facultad de complicar el uso de las marcas de fábrica o de comercio en determinadas condiciones.

7.2029. En consecuencia, adoptar una interpretación del artículo 16 que exigiera a los Miembros salvaguardar una oportunidad mínima de usar la marca de fábrica o de comercio registrada no solo carece de fundamento en el texto de la propia disposición, sino que crearía una falta de armonía con las disposiciones de la Sección relativa a las marcas de fábrica o de comercio que: a) establecen expresamente las condiciones en las que el uso puede complicarse (artículo 20); y b) abordan las consecuencias de los obstáculos al uso (artículo 19). Esas disposiciones prevén claramente la posibilidad de impedir reglamentariamente el uso. Además, leer el artículo 16 en el sentido de que impone a los Miembros limitaciones a las reglamentaciones relativas al uso de marcas

¹⁵⁵² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 127 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 366).

¹⁵⁵³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 129 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2015).

¹⁵⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 129 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2029).

¹⁵⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 416.

¹⁵⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 416.

de fábrica o de comercio podría hacer *inútil* el propio artículo 20, que trata directamente sobre ese aspecto.¹⁵⁵⁷

6.606. El artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Requisito de uso", dispone en la parte pertinente lo siguiente:

1. Si para mantener el registro se exige el uso, el registro solo podrá anularse después de un período ininterrumpido de tres años como mínimo de falta de uso, a menos que el titular de la marca de fábrica o de comercio demuestre que hubo para ello razones válidas basadas en la existencia de obstáculos a dicho uso. Se reconocerán como razones válidas de falta de uso las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo al uso de la misma, como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca.¹⁵⁵⁸

6.607. La primera frase del párrafo 1 del artículo 19 comienza con la palabra "[s]i" al identificar una determinada exigencia en los regímenes jurídicos nacionales. Esta disposición reconoce que, aunque quizá algunos regímenes jurídicos nacionales exijan el "uso" de una marca de fábrica o de comercio para mantener su registro, no todos lo hacen. Así pues, el condicional "[s]i" confirma que el *uso* de una marca de fábrica o de comercio registrada por su titular no es una exigencia impuesta por el Acuerdo sobre los ADPIC. Y, lo que es importante, incluso en los regímenes jurídicos nacionales en los que se aplica el párrafo 1 del artículo 19, esta disposición indica que puede haber obstáculos al uso de una marca de fábrica o de comercio que pueden servir a su titular de justificación contra la anulación del registro de su marca. La segunda frase del párrafo 1 del artículo 19 da ejemplos de tales obstáculos, al disponer que "[s]e reconocerán como razones válidas de falta de uso las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo al uso de la misma, como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca". Así pues, lejos de prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio a utilizar su marca, como observó el Grupo Especial, "[e]l artículo 19 prevé expresamente medidas oficiales que pueden constituir un obstáculo al uso de la marca de fábrica o de comercio".¹⁵⁵⁹

6.608. El artículo 20, titulado "Otros requisitos", dispone lo siguiente:

No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa.¹⁵⁶⁰

6.609. Comenzamos abordando la afirmación de Honduras de que "[e]l artículo 20 es un contexto importante para el párrafo 1 del artículo 16 e impone a los Miembros justo la obligación que el Grupo Especial se niega a interpretar que está incluida en el párrafo 1 del artículo 16 o a incorporar como parte del contexto de esta disposición".¹⁵⁶¹ El artículo 20, al igual que el párrafo 1 del artículo 16, trata de las marcas de fábrica o de comercio y forma parte de la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente, coincidimos con Honduras en que el artículo 20 sirve de contexto pertinente a efectos de comprender el derecho conferido en virtud del párrafo 1 del artículo 16. Dicho esto, discrepamos de la afirmación de Honduras de que el artículo 20 "impone a los Miembros

¹⁵⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2027-7.2029. (no se reproducen las notas de pie de página)

¹⁵⁵⁸ El artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC es similar, en cuanto al contenido, al párrafo 1) del de la sección C del artículo 5 del Convenio de París (1967), que dispone que, "[s]i en un país fuese obligatoria la utilización de la marca registrada, el registro no podrá ser anulado sino después de un plazo equitativo y si el interesado no justifica las causas de su inacción".

¹⁵⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2016.

¹⁵⁶⁰ Observamos que las restantes secciones de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, que tratan de las otras categorías de propiedad intelectual, no incluyen una disposición que sea equivalente al artículo 20. Ello puede deberse a que solo las marcas de fábrica o de comercio pueden ser objeto de "exigencias especiales" como "el uso con otra marca de fábrica o de comercio" o "el uso en una forma especial".

¹⁵⁶¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 347.

justo la obligación que el Grupo Especial se niega a interpretar que está incluida en el párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁶² Como se ha subrayado *supra*, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados. El artículo 20, por su parte, impone a los Miembros una obligación positiva de abstenerse de complicar injustificablemente, con exigencias especiales, "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".

6.610. Además, es significativo que, a diferencia del artículo 17¹⁵⁶³, el artículo 20 no se identifique como "excepción" a los "derechos conferidos" al titular de una marca de fábrica o de comercio. Más bien, el artículo 20 impone una obligación positiva que limita la autonomía normativa de que gozan por lo demás los Miembros. Como se ha señalado *supra*, el artículo 20 impone a los Miembros la obligación de abstenerse de complicar injustificablemente, con exigencias especiales, "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". Es significativo que el artículo 20 no disponga que "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" es un derecho conferido al titular de una marca. En cambio, esta disposición regula la imposición de exigencias especiales cuando el titular de una marca de fábrica o de comercio utiliza su marca en el curso de operaciones comerciales. En la situación fáctica en que se utiliza una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, el artículo 20 protege ese uso de verse injustificablemente complicado por exigencias especiales. Además, las palabras "complicará injustificablemente" utilizadas en el artículo 20 dan a entender que la complicación justificable por exigencias especiales es compatible con esa disposición. Dejando de lado la cuestión del criterio con arreglo al cual un órgano resolutorio debe verificar si una complicación es justificable -que está en litigio en estos procedimientos de apelación¹⁵⁶⁴-, el hecho de que los Miembros deban abstenerse de imponer complicaciones injustificables no indica que el artículo 20 confiera un derecho a usar una marca de fábrica o de comercio cuando no intervengan exigencias especiales. Por el contrario, la disposición permite, inversamente, que los Miembros compliquen justificablemente, con exigencias especiales, el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Además, la segunda frase del artículo 20 "establece[] expresamente las condiciones en las que el uso puede complicarse"¹⁵⁶⁵, al indicar que la obligación enunciada en la primera frase del artículo 20 "no imp[ide] la exigencia de que la marca ... sea usada" juntamente con otra marca. Esas razones menoscaban el argumento de Honduras de que "los 'derechos exclusivos' conferidos por el párrafo 1 del artículo 16 se otorgan en el contexto de una presunción de uso sin complicaciones".¹⁵⁶⁶

6.611. Con respecto al artículo 17, tomamos nota de la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial llegó a su conclusión de que "un Miembro puede denegar los 'derechos conferidos' a los titulares de marcas de fábrica o de comercio por el artículo 16 ... sin examinar siquiera si esa derogación de los derechos mínimos del titular de la marca puede justificarse al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵⁶⁷ Honduras aduce que la cuestión de si el "debilitamiento deliberado de los 'derechos conferidos' reduce el nivel de protección por debajo del nivel mínimo garantizado por el artículo 16"¹⁵⁶⁸ podría estar justificado como una excepción limitada al amparo del artículo 17 era una cuestión pertinente que el Grupo Especial no examinó debido a "su lectura aislada del párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁶⁹

6.612. El artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC identifica excepciones limitadas a los "derechos conferidos".¹⁵⁷⁰ Dada la situación del artículo 17 en la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, que trata de las marcas de fábrica o de comercio, cabe interpretar que esos "derechos conferidos" aluden a los derechos enunciados en el artículo 16, ya que esta disposición se titula

¹⁵⁶² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 347.

¹⁵⁶³ El artículo 17 dispone que "[l]os Miembros podrán establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, por ejemplo el uso leal de términos descriptivos, a condición de que en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros".

¹⁵⁶⁴ Véase la sección 6.3.2 *infra*.

¹⁵⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2029.

¹⁵⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 415.

¹⁵⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 5.

¹⁵⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 331.

¹⁵⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 416.

¹⁵⁷⁰ El artículo 17 dispone que "[l]os Miembros podrán establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, por ejemplo el uso leal de términos descriptivos, a condición de que en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros".

"Derechos conferidos". El "derecho exclusivo de impedir" la infracción de una marca de fábrica o de comercio por terceros no autorizados establecido en el párrafo 1 del artículo 16 es el único "derecho conferido" a los titulares de marcas de fábrica o de comercio que está en litigio en estos procedimientos de apelación. Además, la condición del artículo 17 de excepción limitada al derecho conferido en virtud del párrafo 1 del artículo 16 implica que la necesidad de que un Miembro de la OMC recurra al artículo 17 para defender su medida solo se activaría si el Miembro no cumpliera su obligación de aplicar el párrafo 1 del artículo 16, al no asegurarse de que, en su régimen jurídico nacional, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su derecho exclusivo de impedir la infracción de su marca por terceros no autorizados.

6.613. Como la alegación presentada por Honduras ante el Grupo Especial de que Australia había incumplido la obligación que le correspondía en virtud del párrafo 1 del artículo 16 no prosperó, coincidimos con el Grupo Especial en que "la cuestión ... de si [las] medidas [TPP] son admisibles como 'excepciones limitadas' al amparo del artículo 17 no se plante[aba]".¹⁵⁷¹ En consecuencia, consideramos infundada la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a su conclusión de que "un Miembro puede denegar los 'derechos conferidos' a los titulares de marcas de fábrica o de comercio por el artículo 16 ... sin examinar siquiera si esa derogación de los derechos mínimos del titular de la marca puede justificarse al amparo del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵⁷² La afirmación de Honduras no justifica un examen más a fondo.

6.614. Por todas las razones expuestas, concluimos que el Grupo Especial no incurrió en error al formular las siguientes constataciones:

7.1978. Teniendo presente el sentido corriente del texto y en consonancia con resoluciones anteriores, estamos de acuerdo con las partes en que el párrafo 1 del artículo 16 no establece un derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a hacer uso de su marca registrada. Más bien, el párrafo 1 del artículo 16 se limita a prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada a impedir determinadas actividades por terceros no autorizados en las condiciones establecidas en la primera frase de ese párrafo.

7.1980. ... [P]ara probar que las medidas TPP infringen la obligación contraída por Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana, el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición.¹⁵⁷³

6.615. Recordamos que el Grupo Especial consideró que una evaluación de la "probabilidad de confusión" respecto de una marca de fábrica o de comercio en una situación dada era una evaluación fáctica que conllevaría un examen de las circunstancias específicas en cuestión, incluida la forma en que surge la posibilidad de confusión en el mercado específico de que se trate.¹⁵⁷⁴ El Grupo Especial estimó que solo tendría que formular una determinación con respecto a esa alegación fáctica si constataba que, desde una perspectiva interpretativa, la reducción de los casos en que el titular de una marca de fábrica o de comercio podría impedir el uso no autorizado de marcas similares o idénticas en el mercado, porque ya no es probable que ese uso dé lugar a probabilidad de confusión, "lleva a una infracción del párrafo 1 del artículo 16".¹⁵⁷⁵

6.616. Recordamos la conclusión que hemos formulado en el párrafo 6.602 *supra*, de que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que "la posibilidad de que se produzcan menos casos de 'probabilidad de confusión' en el mercado no constituye, por sí misma, una infracción del párrafo 1 del artículo 16, porque el cumplimiento por los Miembros de la obligación de otorgar el derecho de impedir infracciones de marcas de fábrica o de comercio que prevé el párrafo 1 del artículo 16 es independiente de si tales infracciones se producen realmente en el mercado".¹⁵⁷⁶ En consecuencia, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que "no [era] necesario seguir examinando la alegación

¹⁵⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2018. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁵⁷² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 5.

¹⁵⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1978 y 7.1980. (no se reproducen las notas de pie de página)

¹⁵⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1992.

¹⁵⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1993.

¹⁵⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2031.

fáctica de los reclamantes de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco reducirá de hecho el carácter distintivo de tales marcas, y conducirá a una situación en la que es menos probable que surja una 'probabilidad de confusión' en el mercado con respecto a esas marcas de fábrica o de comercio".¹⁵⁷⁷

6.617. A este respecto, tomamos nota de la alegación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de las normas jurídicas a los hechos al supuestamente no examinar si las medidas TPP reducen el carácter distintivo de las marcas de fábrica o de comercio y reducen por tanto el alcance de la protección de dichas marcas, de forma que el nivel de protección llega a ser inferior al nivel mínimo garantizado en virtud del artículo 16.¹⁵⁷⁸ Honduras añade que "[a]l no aplicar las normas jurídicas a los hechos, el Grupo Especial incurre en un error de derecho y, como resultado de este ejercicio equivocado de la economía procesal, tampoco cumple la obligación que le impone el artículo 11 del ESD".¹⁵⁷⁹

6.618. Al no haber constatado ningún error en la interpretación hecha por el Grupo Especial, estamos de acuerdo con este en que "no [era] necesario seguir examinando la alegación fáctica de los reclamantes de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco reducirá de hecho el carácter distintivo de tales marcas, y conducirá a una situación en la que es menos probable que surja una 'probabilidad de confusión' en el mercado con respecto a esas marcas de fábrica o de comercio".¹⁵⁸⁰ Las alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16 y no hizo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD están condicionadas a que revoquemos la interpretación hecha por el Grupo Especial. La condición en que se basa la apelación de Honduras, a saber, la revocación de la interpretación hecha por el Grupo Especial, no se ha cumplido. Por consiguiente, no es necesario que abordemos las restantes alegaciones de error formuladas por Honduras.

6.619. Habida cuenta de lo que antecede, confirmamos la conclusión del Grupo Especial de que "los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵⁸¹

6.3.2 Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

6.3.2.1 Introducción

6.620. Honduras impugna el análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC por dos motivos. En primer lugar, Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20.¹⁵⁸² En segundo lugar, suponiendo que la interpretación que hizo el Grupo Especial del artículo 20 fuera correcta, Honduras formula una alegación subsidiaria de que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el criterio jurídico que había elaborado a los hechos de la presente diferencia.¹⁵⁸³ A este respecto, Honduras aduce que el Grupo Especial incurrió en error porque: i) se centró en el valor económico de las marcas de fábrica o de comercio y en su evaluación de los factores supuestamente mitigadores¹⁵⁸⁴; ii) constató que las medidas TPP contribuyen a la reducción del consumo de tabaco¹⁵⁸⁵; iii) rechazó medidas alternativas que complican menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio propuestas por los reclamantes¹⁵⁸⁶; y iv) atribuyó un peso jurídico indebido a las Directrices del CMCT.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2032.

¹⁵⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 443-444 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.2032).

¹⁵⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 333.

¹⁵⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2032.

¹⁵⁸¹ Informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.2051 y 8.1.d; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.2051 y 8.1.b.iii.

¹⁵⁸² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 102-259. Honduras no impugna otros elementos de la interpretación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC realizada por el Grupo Especial.

¹⁵⁸³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 260.

¹⁵⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 264-276.

¹⁵⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 280-284.

¹⁵⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 285-298.

¹⁵⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 299-312.

6.621. La República Dominicana aduce que, al no examinar su alegación relativa a las barras de cigarrillos individuales, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD.¹⁵⁸⁸ Además, la República Dominicana sostiene que, en la medida en que revoquemos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en las que se apoyó el Grupo Especial en su análisis en el marco del artículo 20, debemos revocar también las constataciones del Grupo Especial en el marco del artículo 20.¹⁵⁸⁹

6.622. Australia responde que el Grupo Especial rechazó debidamente la interpretación que hace Honduras del término "injustificablemente" porque esa interpretación "no tiene apoyo en el sentido corriente de la palabra, debidamente interpretada en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵⁹⁰ Australia observa además que la interpretación que hace Honduras del término "injustificablemente" "se basa en un intento infundado de leer la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC en el sentido de que incluye un 'derecho de uso', e interpretar el artículo 20 "como una excepción 'limitada'" a ese derecho.¹⁵⁹¹ Australia tampoco está de acuerdo con la alegación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el criterio jurídico a los hechos.¹⁵⁹² Con respecto a la alegación de la República Dominicana al amparo del párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD, Australia sostiene que el informe del Grupo Especial refleja claramente que este examinó la alegación de la República Dominicana al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a las barras de cigarrillos.¹⁵⁹³

6.3.2.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial

6.623. Al abordar las alegaciones de los reclamantes al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial examinó lo siguiente: i) si las medidas TPP entrañan "exigencias especiales"; ii) si las exigencias especiales impuestas por las medidas TPP "complican" "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales"; y iii) si las medidas TPP complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales "injustificablemente".¹⁵⁹⁴ En constataciones que no han sido objeto de apelación, el Grupo Especial concluyó que "las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP equivalen a exigencias especiales que complican 'el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales'".¹⁵⁹⁵

6.624. El Grupo Especial comenzó su análisis de la cuestión de si las exigencias especiales en cuestión complican "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales dilucidando el sentido corriente del término "injustificablemente".¹⁵⁹⁶ Habiendo examinado varias definiciones, el Grupo Especial concluyó que el término "injustificablemente" "se refiere a los casos en los que el uso de una marca de fábrica o de comercio es complicado por exigencias especiales sin una justificación o razón que sea suficiente para

¹⁵⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1543-1545. Recordamos que, en su anuncio de apelación, la República Dominicana indicó que "incorpora[ba] por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación por Honduras". (Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana, párrafo 16). Además, en la sección "Introducción" de su comunicación del apelante, en el contexto del resumen de su alegación de error en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana afirmó que "incorpora[ba] por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación y los argumentos esgrimidos por Honduras". (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 30). En respuesta a preguntas formuladas en la primera audiencia, la República Dominicana confirmó que incorporaba todas las alegaciones y argumentos presentados en apelación por Honduras. En consecuencia, entendemos que toda referencia a las alegaciones y argumentos de Honduras en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC incluye también una referencia a las alegaciones y argumentos de la República Dominicana.

¹⁵⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 1546-1548. En concreto, la República Dominicana hace referencia a las siguientes constataciones del Grupo Especial: i) que las medidas TPP hacían una contribución al objetivo de Australia y ii) que ninguna de las alternativas propuestas por la República Dominicana sería adecuada para hacer una contribución equivalente al objetivo de Australia. (*Ibid.*, párrafo 1547).

¹⁵⁹⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 232.

¹⁵⁹¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 232.

¹⁵⁹² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 244-254.

¹⁵⁹³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 256.

¹⁵⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2156.

¹⁵⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2292.

¹⁵⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2392.

respaldar la complicación resultante".¹⁵⁹⁷ A juicio del Grupo Especial, ello indicaba "que puede haber casos en los que existan buenas razones que apoyen suficientemente la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio de manera razonable".¹⁵⁹⁸ Para determinar qué razones pueden constituir la base para la "justificabilidad" de una complicación, el Grupo Especial pasó a considerar el contexto ofrecido por otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.625. El Grupo Especial examinó, en particular, la importancia contextual del primer considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC¹⁵⁹⁹, así como de los artículos 7 ("Objetivos")¹⁶⁰⁰ y 8 ("Principios") de dicho Acuerdo. En particular, el Grupo Especial consideró que el artículo 8 ofrece "una orientación contextual útil para interpretar el término 'injustificablemente' en el artículo 20".¹⁶⁰¹ El Grupo Especial observó que "los principios reflejados en el párrafo 1 del artículo 8 expresan la intención de los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC de preservar la capacidad de los Miembros de la OMC para atender a ciertos intereses sociales legítimos, al tiempo que confirman el reconocimiento de que determinadas medidas adoptadas por los Miembros de la OMC con esos fines pueden repercutir en los derechos de propiedad intelectual, y requieren que esas medidas sean 'compatibles con lo dispuesto en el... Acuerdo [sobre los ADPIC]'".¹⁶⁰² El Grupo Especial estimó que, aunque los objetivos identificados expresamente en el párrafo 1 del artículo 8¹⁶⁰³ no agotan necesariamente el ámbito de que lo que puede ser un fundamento válido para la "justificabilidad" de las complicaciones en el sentido del artículo 20, la salud pública figura "indudablemente" entre tales intereses.¹⁶⁰⁴

6.626. El Grupo Especial observó a continuación que el párrafo 5 a) de la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (Declaración de Doha) "está formulado en términos generales, e invita al intérprete del Acuerdo sobre los ADPIC a leer 'cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC' a la luz del objeto y fin del Acuerdo, tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios".¹⁶⁰⁵ A juicio del Grupo Especial, "puede considerarse que est[a] [disposición] constituye un 'acuerdo ulterior' de los Miembros de la OMC en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena".¹⁶⁰⁶ Según el Grupo Especial, "[e]se acuerdo, más que reflejar una interpretación concreta de una disposición específica del Acuerdo sobre los ADPIC, confirma la manera en que 'cada disposición' del Acuerdo debe interpretarse, y en consecuencia 'concretamente guarda[] relación' con la interpretación de cada una de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁶⁰⁷ Según el Grupo Especial, el hecho de que el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha sea compatible "con las normas de interpretación aplicables, que requieren que el intérprete de un tratado tenga en cuenta el contexto y el objeto y fin del tratado que se está interpretando",

¹⁵⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2395.

¹⁵⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2396.

¹⁵⁹⁹ Como observó el Grupo Especial, el primer considerando del preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC "enuncia un objetivo crucial de dicho Acuerdo, a saber, 'reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo', y tiene en cuenta la necesidad, por un lado, 'de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual' y, por otro, 'de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo'". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2398).

¹⁶⁰⁰ El artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone lo siguiente: "La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones".

¹⁶⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2404.

¹⁶⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2404.

¹⁶⁰³ El párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone lo siguiente: "Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo".

¹⁶⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2406.

¹⁶⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2408. El párrafo 5 a) de la Declaración de Doha dispone lo siguiente: "Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios".

¹⁶⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2409. El Grupo Especial recordó que la Declaración de Doha se adoptó por consenso en la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC. (*Ibid.*, párrafo 7.2410).

¹⁶⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2410. (no se reproduce la nota de pie de página)

confirmaba su opinión de que los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrecen un contexto importante para la interpretación del artículo 20.¹⁶⁰⁸

6.627. El Grupo Especial observó que, si bien el término "*necessary*" (en la versión española "necesario" o expresiones derivadas) se utiliza en varias otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC¹⁶⁰⁹, el grado de conexión entre el interés social y la medida sometida a examen en el marco del artículo 20 se expresa mediante el uso del término "injustificablemente".¹⁶¹⁰ El Grupo Especial no consideraba, por lo tanto, que el término "injustificablemente" en el artículo 20 debiera entenderse como sinónimo de "innecesariamente".¹⁶¹¹ El Grupo Especial tampoco consideraba que "deb[iera] suponerse que el término 'injustificablemente', tal como se utiliza en el artículo 20, tiene exactamente el mismo sentido que el término 'injustificable' tal como se utiliza en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994".¹⁶¹² El Grupo Especial consideró que, "en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, [no] debe entenderse que el término 'injustificablemente' *solo* requiere la existencia de alguna conexión racional entre las complicaciones impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio y la razón por la que se imponen".¹⁶¹³ Antes bien, a juicio del Grupo Especial, se debe tener debidamente en cuenta la acción que ha de justificarse, es decir, la complicación resultante de las exigencias especiales.¹⁶¹⁴ El Grupo Especial observó además que el contexto proporcionado por el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Excepciones", confirma que, al evaluar si las complicaciones son injustificables, se debe tomar en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en usar su marca y la medida en que se impide que las marcas de fábrica o de comercio pertinentes cumplan su función en el mercado.¹⁶¹⁵

6.628. El Grupo Especial concluyó, por lo tanto, que la determinación de si una marca de fábrica está siendo complicada "injustificablemente" entraña una consideración de los siguientes factores:

- a. la naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales, permitiendo así que la marca cumpla su función prevista;
- b. las razones por las que se aplican las exigencias especiales, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar; y
- c. si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante.¹⁶¹⁶

6.629. El Grupo Especial rechazó el argumento de los reclamantes de que las medidas TPP son incompatibles *per se* con el artículo 20 porque no prevén una evaluación individual de las marcas de fábrica o de comercio y sus características específicas. El Grupo Especial estimó que "[l]a medida en que una determinación de la injustificabilidad de complicaciones específicas requerirá una evaluación basada en marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características específicas dependerá de las circunstancias del caso".¹⁶¹⁷ A juicio del Grupo Especial, "cuando un Miembro aplica esas

¹⁶⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2411.

¹⁶⁰⁹ En particular, en el párrafo 2 del artículo 3, el párrafo 1 del artículo 8, el párrafo 2 del artículo 27, el párrafo 3 del artículo 39, el párrafo 2 del artículo 43, el párrafo 5 del artículo 50 y el apartado b) del artículo 73, así como en el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio de París (1967) y el artículo 17 del Convenio de Berna. El Grupo Especial observó que el término "necesario" se utiliza también en el artículo 31*bis* del Acuerdo sobre los ADPIC, así como en los párrafos 1 a) y 2 b) i) del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2419).

¹⁶¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2418-7.2419.

¹⁶¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2419.

¹⁶¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2420.

¹⁶¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2422. (con resalte en el original)

¹⁶¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2423.

¹⁶¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2427. El Grupo Especial recordó la declaración del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* de que "[c]ada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar [el] carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas. (*Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664)).

¹⁶¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2430.

¹⁶¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2505.

exigencias a una clase de marcas de fábrica o de comercio o a algunos tipos específicos de situaciones, y no a las características específicas de marcas de fábrica o de comercio determinadas, una evaluación de la injustificabilidad de esas exigencias puede tener que centrarse en su razón de ser global en lo que se refiere al motivo para adoptarlas".¹⁶¹⁸

6.630. El Grupo Especial pasó a continuación a examinar la aplicación de la interpretación jurídica que había elaborado en el marco del artículo 20 a las medidas en litigio. Con respecto a la naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las medidas TPP, el Grupo Especial observó, en particular, que las medidas TPP "impiden que cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes, como el tipo de letra y su tamaño, los colores y la ubicación de la marca en el producto, así como cualquier otro contenido visual distintivo, contribuyan a distinguir los productos en el mercado".¹⁶¹⁹ El Grupo Especial observó que "[l]os reclamantes no han tratado de demostrar que de hecho los consumidores no han podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas" como consecuencia de las prescripciones TPP.¹⁶²⁰ El Grupo Especial observó además que, si bien las medidas TPP impiden al titular de una marca de fábrica o de comercio obtener valor económico de las características de diseño de su marca, las repercusiones de esas prohibiciones se ven "en parte mitigadas" por el uso de marcas verbales.¹⁶²¹ Con respecto a la competencia de precios, el Grupo Especial concluyó que las pruebas que tenía ante sí no respaldaban el argumento de los reclamantes de que las medidas TPP darían lugar al aumento de la competencia de precios y a la caída de los precios y, en consecuencia, a una disminución del valor de las ventas de productos de tabaco y del valor total de las importaciones.¹⁶²² Con respecto a la sustitución a la baja, el Grupo Especial no estaba convencido de que la disminución del consumo y las importaciones de productos de tabaco premium fuera exclusivamente resultado de una sustitución a la baja (es decir, la transferencia del consumo/las importaciones de productos premium a productos no premium) causada por las medidas TPP. El Grupo Especial opinaba de ese modo porque: i) a causa de la disminución general del consumo de productos de tabaco, al menos parte de la disminución del consumo de productos premium no fue sustituida por el consumo de productos no premium; y ii) al Grupo Especial le parecía que los segmentos de mercado de precios más altos y más bajos habían evolucionado sobre la base de tendencias distintas, incluso antes de la implementación de las medidas TPP.¹⁶²³

6.631. En cuanto a las razones por las que se habían adoptado las medidas TPP, a efectos del artículo 20 el Grupo Especial constató que "la razón por la que Australia aplica las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, como parte integrante de las medidas TPP, es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁶²⁴

6.632. El Grupo Especial pasó a continuación a considerar si las razones por las que se habían establecido las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes. El Grupo Especial observó que el hecho de que las exigencias especiales establecidas por las medidas TPP "puedan contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para aplicar las complicaciones resultantes al uso de marcas de fábrica o de comercio".¹⁶²⁵

¹⁶¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2505.

¹⁶¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2558.

¹⁶²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564. (no se reproduce el resalte)

¹⁶²¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2569-7.2570.

¹⁶²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2572. El Grupo Especial observó, sin embargo que, "[a]unque los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP han reducido el valor de los productos de tabaco importados en el mercado australiano, no cabe excluir que esto pueda suceder en el futuro, ya sea como consecuencia únicamente del efecto de las medidas en el consumo o como consecuencia de ese efecto combinado con una caída de los precios". (*Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)).

¹⁶²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2573. Recordamos que, en su análisis en el marco del artículo 20, el Grupo Especial no hizo referencia a la constatación que había formulado en su evaluación de la restrictividad del comercio de las medidas TPP en el contexto de la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, según la cual los hechos no respaldaban el argumento de la República Dominicana de que el cambio a productos de menor precio daba lugar a una reducción del valor del comercio, porque las pruebas demostraban que los precios no permanecían constantes ni disminuían. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1221. Véase también el párrafo 6.428 *supra*).

¹⁶²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2586.

¹⁶²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2592.

6.633. Seguidamente, el Grupo Especial examinó el argumento de los reclamantes de que el criterio jurídico en el marco del artículo 20 exige evaluar si podría haberse utilizado una medida alternativa que complicara menos el uso de la marca de fábrica o de comercio e hiciera una contribución equivalente.¹⁶²⁶ El Grupo Especial consideró que "el término 'injustificablemente' que figura en el artículo 20 ofrece a los Miembros un cierto margen de discrecionalidad para escoger una intervención encaminada a abordar un objetivo de política, lo cual puede tener alguna repercusión en el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, siempre que las razones apoyen suficientemente cualquier complicación resultante".¹⁶²⁷ A juicio del Grupo Especial, sin embargo, eso no significaba que "la disponibilidad de una medida alternativa que entrañe una complicación menor, o no entrañe ninguna complicación, del uso de marcas de fábrica o de comercio no p[udiera] informar una evaluación de si las razones por las que se aplican las exigencias especiales apoyan suficientemente la complicación resultante".¹⁶²⁸ El Grupo Especial "[n]o exclu[ía] la posibilidad de que la disponibilidad de una medida alternativa pudiera, en las circunstancias particulares de un determinado caso, poner en entredicho las razones que un demandado hubiera invocado para adoptar una medida impugnada en virtud del artículo 20".¹⁶²⁹ El Grupo Especial consideraba que ello sería posible en un caso en que "una alternativa fácilmente disponible tuviera como mínimo resultados equivalentes en lo que se refiere al objetivo de política de la medida impugnada, poniendo así en entredicho que las razones invocadas apoyen suficientemente cualesquiera complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de la medida".¹⁶³⁰ En su examen de las alternativas disponibles, el Grupo Especial remitió a su análisis anterior en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁶³¹

6.634. En definitiva, el Grupo Especial "no esta[ba] persuadido[]" de que los reclamantes h[ubieran] demostrado que Australia ha[bía] actuado más allá de los márgenes de que dispone en virtud del artículo 20 para escoger una intervención de política adecuada para abordar sus preocupaciones en materia de salud pública".¹⁶³² El Grupo Especial concluyó, por lo tanto, que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP fueran incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁶³³

6.3.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

6.635. Recordamos que, al exponer su interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

[U]na determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo "injustificablemente" complicado por exigencias especiales debe conllevar una consideración de los siguientes factores:

- a. la naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales, permitiendo así que la marca cumpla su función prevista;
- b. las razones por las que se aplican las exigencias especiales, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar; y
- c. si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante.¹⁶³⁴

6.636. Honduras impugna la interpretación que hizo el Grupo Especial del término "injustificablemente" del artículo 20 por dos motivos principales.¹⁶³⁵ En primer lugar, Honduras alega

¹⁶²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2597.

¹⁶²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

¹⁶²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

¹⁶²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

¹⁶³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

¹⁶³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2600.

¹⁶³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁶³³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2605-7.2606.

¹⁶³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2430.

¹⁶³⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 104.

que el Grupo Especial incurrió en error al exponer, en el párrafo 7.2430 de su informe, su modo de entender los factores que deben considerarse al determinar si el uso de una fábrica de marca o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo complicado injustificablemente por exigencias especiales.¹⁶³⁶ En segundo lugar, suponiendo que la interpretación del Grupo Especial sea correcta, Honduras presenta una alegación subsidiaria de que el Grupo Especial incurrió en error al no considerar necesario que un Miembro adopte exigencias especiales que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio.¹⁶³⁷ Examinamos sucesivamente los argumentos de Honduras correspondientes a esas dos impugnaciones.

6.637. Como primer motivo de apelación, Honduras alega que el Grupo Especial "no leyó el término 'injustificablemente' en su debido contexto, el de las marcas de fábrica o de comercio, ni teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁶³⁸ Honduras observa que el Grupo Especial interpretó que el término "injustificablemente" hace referencia a una ausencia de "buenas razones suficientes para apoyar la medida".¹⁶³⁹ A juicio de Honduras, al hacer tal cosa, "el Grupo Especial introdujo en el artículo 20 una amplia excepción de política que está completamente desligada de las preocupaciones relacionadas con marcas de fábrica o de comercio específicas y que permite incluso las complicaciones de más largo alcance con independencia de las preocupaciones supuestamente suscitadas por las marcas de fábrica o de comercio específicas afectadas por la medida".¹⁶⁴⁰ Según Honduras, "el término 'injustificablemente' del artículo 20 prevé una excepción limitada a la norma general de que ninguna exigencia especial complicará el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".¹⁶⁴¹ A juicio de Honduras, "las preocupaciones que pueden dar lugar admisiblemente a una complicación ... se limitan a las que están directamente vinculadas a la marca de fábrica o de comercio, tales como, entre otras, su carácter potencialmente engañoso".¹⁶⁴² A este respecto, Honduras recuerda que la lista no exhaustiva de preocupaciones relacionadas con marcas de fábrica o de comercio específicas que figura en el párrafo B del artículo 6 *quinquies* del Convenio de París (1967), a la que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, "es el fundamento para denegar la concesión de protección por medio del registro, suprimir esa protección o ... impedir el uso de la marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".¹⁶⁴³

6.638. Australia responde que "el sentido corriente del término 'injustificablemente' indica que una complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales es 'injustificable' si no hay una conexión racional entre la medida y su objetivo, de manera que 'pued[a] demostrarse que [la complicación] es just[a], razonable[] o correct[a]' y está 'dentro de los límites de la razón'".¹⁶⁴⁴ Australia sostiene que, aunque los reclamantes han tratado de interpretar el término "injustificablemente" como equivalente al criterio de necesidad, el texto del artículo 20 no emplea el término "innecesariamente", que connota un nexo más estrecho entre la medida y su objetivo.¹⁶⁴⁵ Australia considera que "el Grupo Especial interpretó y aplicó el término 'injustificablemente' de manera que lo sitúa mucho más cerca del criterio de 'necesidad' de lo que Australia considera justificado según una interpretación adecuada".¹⁶⁴⁶ Australia observa además que Honduras se apoyó en argumentos de contexto para formular la premisa de que el artículo 20

¹⁶³⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 52.

¹⁶³⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 54.

¹⁶³⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 105.

¹⁶³⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 52.

¹⁶⁴⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 105.

¹⁶⁴¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 161.

¹⁶⁴² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 52. Como ejemplos de tales marcas de fábrica o de comercio engañosas, Honduras hace referencia a un colorido logotipo que dé entender que un producto químico peligroso es un detergente doméstico inocuo, o marcas de fábrica o de comercio que atribuyan a los productos de tabaco calificativos tales como "*light*" (ligero) o "*mild*" (suave). (*Ibid.*, párrafo 109).

¹⁶⁴³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 108.

¹⁶⁴⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 162 (donde se citan la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 369; y la respuesta de Australia a la pregunta 107 del Grupo Especial).

¹⁶⁴⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 162 y 164.

¹⁶⁴⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 177. Australia observa, sin embargo, que, pese a sus reservas con respecto a la interpretación del artículo 20 realizada por el Grupo Especial, la constatación de este de que las medidas TPP no son "injustificables" en el sentido del artículo 20 es correcta, y que ese es el motivo por el que Australia decidió no apelar la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del artículo 20. (*Ibid.*, párrafos 178-179).

establece una relación del tipo prohibición/excepción.¹⁶⁴⁷ Según Australia, "la idea de que el 'uso' de una marca es un 'derecho protegido' de conformidad con la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC permea la comunicación de Honduras".¹⁶⁴⁸ A juicio de Australia, contrariamente a lo que Honduras da a entender, el Grupo Especial no constató que el artículo 20 confiera un derecho de uso a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas.¹⁶⁴⁹ Australia sostiene que, aun en el caso de que Honduras esté en lo correcto al afirmar que la expresión "exigencias especiales" hace referencia únicamente a las exigencias relacionadas con una marca de fábrica o de comercio, de ello no se sigue que cualquier complicación resultante de tales exigencias especiales será justificable si tiene efectos limitados y está "basada en la naturaleza específica de la marca de fábrica o de comercio".¹⁶⁵⁰

6.639. El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone lo siguiente:

Otros requisitos

No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa.

6.640. El artículo 20 contiene dos frases que rigen la imposición de "exigencias especiales" al "uso" de marcas de fábrica o de comercio. La primera frase del artículo 20 prohíbe a los Miembros imponer "exigencias especiales" que "complic[uen] injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. La primera frase también presenta una lista ilustrativa de exigencias especiales, tales como "el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". La segunda frase del artículo 20 matiza la obligación consagrada en la primera identificando el tipo de "exigencias especiales" que un Miembro puede imponer, a saber, "la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa".

6.641. El artículo 20 no prohíbe todas las medidas que imponen complicaciones al uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Antes bien, proscrib[e] únicamente aquellas exigencias especiales que "complican injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Ello implica que puede haber circunstancias en que una "complicación" del uso de una marca de fábrica o de comercio será "justificable".¹⁶⁵¹ En consecuencia, no compartimos la opinión de Honduras de que el artículo 20 impone una "prohibición general ... de las complicaciones oficiales del uso".¹⁶⁵² A este respecto, observamos que el párrafo 1 del artículo 19 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativo al requisito de uso, dispone que "[s]e reconocerán como razones válidas de falta de uso las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca y que constituyan un obstáculo al uso de la misma, como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca". El párrafo 1 del artículo 19 prevé, por lo tanto, que un Miembro pueda imponer obstáculos, tales como restricciones respecto de los bienes o servicios protegidos por una marca de fábrica o de comercio, que den lugar a la falta de uso de la marca de fábrica o de comercio por su titular.

¹⁶⁴⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 195.

¹⁶⁴⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 204.

¹⁶⁴⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 211.

¹⁶⁵⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 200. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁶⁵¹ La segunda frase del artículo 20 establece expresamente las condiciones en las que el uso puede complicarse al indicar que la obligación descrita en la primera frase del artículo 20 "no impedirá la exigencia de que la marca ... sea usada" junto con otra marca.

¹⁶⁵² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 141.

6.642. Tomamos nota del argumento de Australia de que "la idea de que el 'uso' de una marca es un 'derecho protegido' de conformidad con la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC permea la comunicación de Honduras".¹⁶⁵³ A juicio de Australia, contrariamente a lo que Honduras da a entender, el Grupo Especial no constató que el artículo 20 confiera un derecho de uso a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas.¹⁶⁵⁴ Compartimos la opinión de Australia de que muchos de los argumentos formulados por Honduras en apelación parecen depender de la idea de que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC refleja de algún modo el derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a usar su marca en el curso de operaciones comerciales. De hecho, en su comunicación del apelante, así como al responder a nuestras preguntas en la primera audiencia, Honduras indicó que existe una presunción de uso no sujeto a complicaciones de una marca de fábrica o de comercio, o incluso un derecho a usarla,, en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁶⁵⁵ En la sección 6.3.1 *supra* hemos explicado que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, que se ocupa de los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio, no confiere al titular un derecho positivo a utilizar su marca, ni un derecho a proteger el carácter distintivo de esa marca por medio del uso. Antes bien, el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC "establece un derecho *de contenido negativo* a impedir a cualesquiera terceros que usen signos en determinadas circunstancias".¹⁶⁵⁶ De manera similar, no hay nada en el texto del artículo 20 que indique que "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" sea un derecho positivo conferido al titular de la marca. Antes bien, la cláusula inicial de la versión inglesa del artículo 20 ("*[t]he use of a trademark in the course of trade ...*") (el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales) indica que esa disposición rige la imposición de exigencias especiales en la situación fáctica en que existe un uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. El hecho de que el artículo 20 presuponga que el uso de una marca de fábrica o de comercio puede ser complicado "justificablemente" indica además que no hay un derecho positivo de uso de la marca de fábrica o de comercio por su titular, y que no se impone a los Miembros una obligación de proteger tal derecho positivo.

6.643. A diferencia del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo 20 no está identificado como "excepción" de los "derechos conferidos" al titular de una marca de fábrica o de comercio de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Antes bien, esa disposición impone a los Miembros una obligación positiva de abstenerse de complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales por medio de complicaciones resultantes de exigencias especiales. La estructura de la primera frase del artículo 20 da a entender que establece una obligación única, más que una obligación y una excepción a ella.¹⁶⁵⁷ En consecuencia, corresponde al reclamante la carga de efectuar una acreditación *prima facie* de incompatibilidad con el artículo 20.¹⁶⁵⁸ El texto del artículo 20 indica que, para establecer la existencia de una incompatibilidad con esa disposición, se deben establecer los siguientes elementos: i) la existencia de "exigencias especiales"; ii) tales exigencias deben "complicar" "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales"; y iii) deben hacerlo "injustificablemente". Una vez que el reclamante ha efectuado su acreditación *prima facie* de incompatibilidad con el artículo 20, corresponde al demandado refutar los argumentos del reclamante.

6.644. La apelación de Honduras nos pide que interpretemos el término "injustificablemente" empleado en la primera frase del artículo 20. En el artículo 20, el adverbio "injustificablemente"

¹⁶⁵³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 204.

¹⁶⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 211.

¹⁶⁵⁵ En particular, en su comunicación del apelante, Honduras afirmó que, "al rechazar los argumentos y conclusiones de Australia de que el artículo 20 abarca las prohibiciones del uso, el Grupo Especial confirma correctamente que el 'uso' de una marca de fábrica o de comercio está protegido por el Acuerdo sobre los ADPIC". (Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 69). Además, Honduras observó que "el término 'injustificablemente' del artículo 20 prevé una excepción limitada a la norma general de que ninguna exigencia especial complicará el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". (*Ibid.*, párrafo 161).

¹⁶⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, nota 564 al párrafo 7.611; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, nota 558 al párrafo 7.611. (sin resalte en el original)

¹⁶⁵⁷ La obligación que establece el artículo 20 es que no se impongan exigencias especiales que "compliquen injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.

¹⁶⁵⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

matiza el verbo "complicará".¹⁶⁵⁹ Lo que no se "complicará injustificablemente" es "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales".¹⁶⁶⁰ El término "injustificablemente" también está vinculado a las "exigencias especiales".¹⁶⁶¹ Por consiguiente, lo que no debe ser "injustificable[]" es la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales que resulta de exigencias especiales.

6.645. En cuanto al sentido corriente, el término "*unjustifiably*" ("injustificablemente") es un adverbio que se deriva del adjetivo "*unjustifiable*" (injustificable) que se ha definido como "*not justifiable*" (no justificable) o "*indefensible*" (indefendible).¹⁶⁶² Según otras definiciones, "*unjustifiable*" (injustificable) significa "*not able to be shown to be right or reasonable*" (que no puede demostrarse que es justo o razonable)¹⁶⁶³ o "*unacceptable and wrong because there is no good or fair reason for it*" (inaceptable e injusto porque no hay una razón buena o justa para ello).¹⁶⁶⁴ El antónimo del término "*unjustifiable*" es "*justifiable*" (justificable), palabra que denota la existencia de una "*good reason*" (buena razón)¹⁶⁶⁵ para algo, o hace referencia a algo "*able to be shown to be right or reasonable; defensible*" (que puede demostrarse que es justo o razonable; defendible).¹⁶⁶⁶ Los diversos significados atribuidos al concepto de justificabilidad indican, por lo tanto, que denota aquello que es justo y que puede ser explicado razonablemente. En cambio, algo es "injustificable" cuando no hay una razón justa para ello y cuando no puede ser explicado razonablemente.¹⁶⁶⁷

6.646. El término "injustificablemente" indica el grado de racionalización que es necesario proporcionar para imponer complicaciones al uso de una marca de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales de conformidad con el artículo 20. En cambio, varias otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC hacen referencia a diferentes permutaciones del concepto de necesidad.¹⁶⁶⁸ Ello indica que se trata de reflejar un sentido diferente por medio del empleo del término "injustificablemente", en contraposición a los términos que transmiten el concepto de necesidad en el sentido del artículo XX del GATT de 1994 o el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Recordamos a este respecto que está firmemente establecido que, por lo general, en

¹⁶⁵⁹ El Grupo Especial expuso su interpretación del término "complicará", que no es impugnada en apelación, en los párrafos 7.2234-7.2239 de su informe.

¹⁶⁶⁰ El Grupo Especial expuso su interpretación de lo que constituye un "uso" de una marca de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales", que no es impugnada en apelación, en los párrafos 7.2260-7.2264 y 7.2279-7.2286 de su informe.

¹⁶⁶¹ El Grupo Especial expuso su interpretación de lo que constituyen "exigencias especiales", que no es impugnada en apelación, en los párrafos 7.2221-7.2233 de su informe.

¹⁶⁶² *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, L. Brown y A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3445.

¹⁶⁶³ *Oxford English Dictionary online*, definición de "*unjustifiable*": <https://en.oxforddictionaries.com/definition/unjustifiable>, consultado el 24 de febrero de 2020.

¹⁶⁶⁴ *Cambridge Dictionary online*, definición de "*unjustifiable*": <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/unjustifiable>, consultado el 24 de febrero de 2020.

¹⁶⁶⁵ *Cambridge Dictionary online*, definición de "*justifiable*": <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/justifiable>, consultado el 24 de febrero de 2020.

¹⁶⁶⁶ *Oxford English dictionary online*, definición de "*justifiable*": <https://en.oxforddictionaries.com/definition/justifiable>, consultado el 24 de febrero de 2020.

¹⁶⁶⁷ En la versión francesa del Acuerdo sobre los ADPIC se emplea la expresión "*de manière injustifiable*", que denota igualmente aquello que ha sido hecho de una manera que no puede ser justificada, defendida o que no se puede demostrar que sea justa o razonable. De manera similar, en la versión española del Acuerdo sobre los ADPIC se emplea el adverbio "injustificablemente".

¹⁶⁶⁸ Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual "[n]o serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios". El término "*necessary*" (en la versión española "necesario" o expresiones derivadas) se emplea en el párrafo 2 del artículo 3 ("excepciones ... necesarias para conseguir el cumplimiento de leyes y reglamentos"), el párrafo 1 del artículo 8 ("medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población"), el párrafo 2 del artículo 27 ("invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el *orden público* o la moralidad"), el párrafo 3 de artículo 39 ("excepto cuando sea necesario para proteger al público"), el párrafo 2 del artículo 43 ("una de las partes en el procedimiento deniegue voluntariamente y sin motivos sólidos el acceso a información necesaria o de otro modo no facilite tal información"), el párrafo 5 del artículo 50 ("podrá exigir[se] al demandante que presente cualquiera otra información necesaria para la identificación de las mercancías"), y el apartado b) del artículo 73 ("[n]inguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que ... impida a un Miembro la adopción de las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad") del Acuerdo sobre los ADPIC.

un tratado distintas expresiones tienen por objeto transmitir significados diferentes.¹⁶⁶⁹ Al mismo tiempo, el empleo de un término similar ("injustificable") en las disposiciones de otros acuerdos abarcados, como la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994, que hace referencia a una "discriminación arbitrari[a] o injustificable", no implica que el sentido dado ese término en otros contextos pueda trasladarse fácilmente a la interpretación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁶⁷⁰

6.647. A nuestro juicio, el término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC refleja el grado de autonomía de reglamentación de que gozan los Miembros al imponer complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales. La referencia al concepto de justificabilidad, en lugar de al de necesidad, en el artículo 20 indica que el grado de conexión entre la complicación impuesta al uso de una marca de fábrica o de comercio y el objetivo perseguido que se refleja por medio del término "injustificablemente" es menor del que habría sido si en esa disposición se hubiera utilizado un término que transmitiera la noción de "necesidad". En consecuencia, la consideración de la cuestión de si el uso de una marca de fábrica o de comercio no ha sido complicado "injustificablemente" no se debe equiparar a la prueba de la necesidad en el sentido del artículo XX del GATT de 1994 o el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.648. Honduras aduce que solo las preocupaciones que estén directamente vinculadas a la marca de fábrica o de comercio, tales como su carácter potencialmente engañoso, pueden dar lugar admisiblemente a una complicación del uso de la marca de fábrica de comercio.¹⁶⁷¹ Según Honduras, al no interpretar el término "injustificablemente" en su debido contexto, el de las marcas de fábrica o de comercio, "el Grupo Especial introdujo una amplia excepción de política en el artículo 20 que ... puede abrir la puerta a cualquier consideración de política y a la imposición de cualquier tipo de complicación a las marcas de fábrica o de comercio".¹⁶⁷²

6.649. A nuestro juicio, las razones para la imposición de exigencias especiales no tienen que guardar relación con la marca de fábrica o de comercio propiamente dicha. El párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo B del artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967), a los que Honduras hace referencia¹⁶⁷³, formulan preocupaciones relacionadas con marcas de fábrica o de comercio específicas que pueden servir de base para rehusar el registro de una marca de fábrica o de comercio o invalidarla, entre las que se incluyen preocupaciones relativas al carácter engañoso de una marca de fábrica o de comercio.¹⁶⁷⁴ En particular, el artículo 6*quinquies* del Convenio de París (1967) dispone que las marcas de fábrica o de comercio podrán ser rehusadas para su registro o invalidadas si son contrarias a la moral o el orden público y cuando sean capaces de engañar al público. Esas preocupaciones, sin embargo, son pertinentes para *el registro o invalidación de una marca de fábrica o de comercio*. En cambio, el artículo 20, que rige la imposición de complicaciones al uso de una marca de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales,

¹⁶⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 164. Al examinar los términos dispositivos de los distintos párrafos del artículo XX del GATT de 1994 ("necesarias", "relativas a", "en cumplimiento de"), el Órgano de Apelación observó que "[n]o parece razonable dar por supuesto que la intención de los Miembros de la OMC fuera exigir, para todas y cada una de las categorías, el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, página 20).

¹⁶⁷⁰ La naturaleza y el fin del Acuerdo sobre los ADPIC son diferentes de los de otros acuerdos abarcados. Como se ha señalado en la nota 1500 *supra*, el Acuerdo sobre los ADPIC trata principalmente de la creación y la protección de derechos privados exclusivos, que pueden hacer necesaria una restricción de la actividad comercial y exigir una intervención activa de los Miembros para lograr la observancia de esas restricciones. En cambio, otros acuerdos abarcados se centran en la liberalización del comercio internacional, llevada a efecto por medio de la reducción progresiva, de mutuo acuerdo, de los obstáculos al comercio.

¹⁶⁷¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 108.

¹⁶⁷² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 105.

¹⁶⁷³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 108.

¹⁶⁷⁴ Según el párrafo B del artículo 6*quinquies*, una marca de fábrica o de comercio podrá ser rehusada para su registro en los casos siguientes: i) cuando sea capaz de afectar a derechos adquiridos por terceros en el país donde la protección se reclama; ii) cuando esté desprovista de todo carácter distintivo, o formada exclusivamente por signos o indicaciones que puedan servir, en el comercio, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen de los productos o la época de producción, o que hayan llegado a ser usuales en el lenguaje corriente o en las costumbres leales y constantes del comercio del país donde la protección se reclama; o iii) cuando sea contraria a la moral o al orden público y, en particular, cuando sea capaz de engañar al público. (Convenio de París (1967), párrafo B del artículo 6*quinquies*).

nada dice en cuanto a las razones por las que pueden imponerse exigencias especiales. A este respecto, observamos que el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado "Principios"¹⁶⁷⁵, dispone, en el párrafo 1, que los Miembros "podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo".¹⁶⁷⁶ Las medidas que tratan de proteger la salud pública y la nutrición de la población engloban una gama de medidas contempladas específicamente en el Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo mediante excepciones de los derechos exclusivos conferidos por una patente (artículo 30), licencias obligatorias (artículo 31) y la divulgación al público de los datos de pruebas (párrafo 3 del artículo 39). En esta línea, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que también pueden imponerse complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales de conformidad con el artículo 20 persiguiendo objetivos de salud pública.¹⁶⁷⁷

6.650. Honduras aduce además que el contexto que ofrece el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC indica que las complicaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio previstas en el artículo 20 no pueden estar determinadas por preocupaciones de política pública y "deben ser de naturaleza 'limitada[]'".¹⁶⁷⁸ Recordamos que el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC estipula que los Miembros podrán establecer excepciones "limitadas" de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, a condición de que en ellas "se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca". En consecuencia, de conformidad con el artículo 17, los Miembros deben tomar en consideración tales "intereses legítimos", junto con otros factores (incluidos los intereses legítimos de los terceros), antes de llegar a una decisión sobre si establecer una excepción limitada de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio.¹⁶⁷⁹ Como observó el Grupo Especial encargado de los asuntos *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, "[c]ada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar [el] carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas".¹⁶⁸⁰ Aunque el artículo 20, a diferencia del artículo 17, no prevé una excepción de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, ambas disposiciones guardan relación con restricciones a las marcas. Además, en los presentes procedimientos de apelación no se discute que el titular de la marca de fábrica o de comercio tenga un "interés legítimo" en usar su marca en el curso de operaciones comerciales.¹⁶⁸¹ Por lo tanto, consideramos que, al examinar si el uso de una marca de fábrica o de comercio ha sido complicado injustificablemente por exigencias especiales en el sentido del artículo 20, se deben tener en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca de fábrica o de comercio en usar la marca y preservar su carácter distintivo. Por lo tanto, aunque estamos de acuerdo con Honduras en que el

¹⁶⁷⁵ Observamos que el párrafo 5 de la Declaración de Doha dispone que, "[a]l aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios".

¹⁶⁷⁶ Párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC. El alcance de las medidas a las que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 8 está limitado por dos condiciones. En primer lugar, una medida debe ser "necesaria[]" para proteger la salud pública y la nutrición de la población y, en segundo lugar, debe ser compatible con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁶⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2406.

¹⁶⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 160.

¹⁶⁷⁹ Como explicó el Grupo Especial encargado de los asuntos *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, "[d]ado que el artículo 17 crea una excepción a los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, los 'intereses legítimos' del titular de la marca de fábrica o de comercio tienen que ser algo distinto del pleno goce de esos derechos". (Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.662; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.662).

¹⁶⁸⁰ Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.664; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.664.

¹⁶⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 154; y comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 90-93 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.662 y 7.664).

artículo 17 ofrece un contexto pertinente para la interpretación del artículo 20, no consideramos que informe esa disposición de la manera indicada por Honduras.

6.651. Al emplear el término "injustificablemente", el párrafo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC proporciona a los Miembros un cierto margen de discrecionalidad al imponer complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio. Como se ha señalado, el término "injustificablemente" denota un acto para el que no hay una razón justa y que no puede ser explicado razonablemente. En consecuencia, entendemos que un Miembro que impone complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales debe poder dar una explicación razonable de la manera en que el objetivo perseguido introduciendo exigencias especiales justificaba las complicaciones resultantes. Al mismo tiempo, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que no debe entenderse que el término "injustificablemente" *solo* requiere la existencia de alguna conexión racional entre las complicaciones impuestas al uso de una marca de fábrica o de comercio y la razón por la que se imponen.¹⁶⁸² También se deben tener debidamente en cuenta la naturaleza y la magnitud de la complicación en cuestión, incluida la medida en que resulten afectadas las marcas de fábrica o de comercio pertinentes. Por lo tanto, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que una determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo complicado "injustificablemente" por exigencias especiales podría comportar la consideración de lo siguiente: i) la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales; ii) las razones de la imposición de exigencias especiales; y iii) una demostración del modo en que las razones de la imposición de exigencias especiales apoyan las complicaciones resultantes.¹⁶⁸³

6.652. Honduras aduce además que, "aun si fuera correcta la interpretación del Grupo Especial de que el artículo 20 consagra una amplia excepción de política que podría justificar cualquier vaga complicación no vinculada a preocupaciones relacionadas con marcas de fábrica o de comercio específicas, el Grupo Especial incurre en error al poner el listón demasiado bajo cuando considera que las exigencias especiales complican 'justificablemente' el uso de una marca de fábrica o de comercio sin respetar el principio de proporcionalidad".¹⁶⁸⁴ En particular, Honduras considera que "el Grupo Especial incurre en error al no considerar necesario que un Miembro, al imponer tales exigencias especiales, opte por una exigencia especial que complique menos el uso de la marca cuando esté a su alcance y haga una contribución equivalente".¹⁶⁸⁵ A juicio de Honduras, el artículo XX del GATT de 1994 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC ofrecen contexto para esta interpretación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁶⁸⁶ A juicio de Honduras, "en tanto en cuanto las medidas afecten a los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio, deben ser al menos 'necesarias' para ser 'justificables'".¹⁶⁸⁷

6.653. La afirmación de Honduras de que las complicaciones impuestas por exigencias especiales "deben ser al menos 'necesarias' para ser 'justificables'"¹⁶⁸⁸ presupone que el criterio de "injustificabilidad" en el marco del artículo 20 debe ser al menos equivalente al criterio de "necesidad". Como se ha señalado, el empleo del término "injustificablemente" en el artículo 20, en contraste con otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, en las que se hace referencia al concepto de necesidad, indica que el grado de discrecionalidad otorgado a los Miembros por medio

¹⁶⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2422. (con resalte en el original)

¹⁶⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2430. Observamos, sin embargo, que, en el párrafo 7.2430 de su informe, el Grupo Especial empleó (en la versión inglesa) el auxiliar "*should*" al presentar los factores pertinentes para el examen de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificablemente con exigencias especiales. Más adelante, el Grupo Especial declaró que "una consideración de si el uso de una marca de fábrica o de comercio [se] 'complica[] injustificablemente' *conllevará normalmente* un examen de varios elementos, entre ellos la naturaleza y la magnitud de la complicación derivada de las exigencias especiales de que se trate, las razones por las que esas exigencias se aplican, y la cuestión de si esas razones las apoyan suficientemente". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2441 (sin resalte en el original)). Queremos aclarar que, si bien una indagación en el marco del artículo 20 podría incluir la consideración de los factores mencionados *supra*, el grado de discrecionalidad conferido a los Miembros en virtud del artículo 20 no exige un conjunto rígido y preciso de consideraciones pertinentes para el examen de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificablemente con exigencias especiales.

¹⁶⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 111.

¹⁶⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 111.

¹⁶⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 235.

¹⁶⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 236.

¹⁶⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 236.

del término "injustificablemente" es superior al que habría sido si se hubiera utilizado un término que transmitiera la idea de "necesidad". Por lo tanto, no consideramos que la prueba de la necesidad, que comprende la consideración de medidas alternativas, pudiera trasponerse al examen de si el uso de una marca de fábrica o de comercio es complicado injustificablemente por exigencias especiales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Ello no significa que, en las circunstancias de un caso específico, la existencia de una medida alternativa que conlleve un grado menor de complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio no pueda emplearse como consideración al evaluar la justificabilidad de las exigencias especiales y las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio conexas. Sin embargo, tal examen no es una indagación necesaria en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.654. Recordamos que el Grupo Especial no incluyó la consideración de medidas alternativas en la lista de factores que consideró pertinentes para un examen de si el uso de la marca de fábrica o de comercio es complicado injustificablemente por exigencias especiales, presentada en el párrafo 7.2430 de su informe. Al aplicar el criterio jurídico que había elaborado a los hechos del presente asunto, el Grupo Especial declaró que el margen de discrecionalidad otorgado a los Miembros en virtud del artículo 20 "no significa que la disponibilidad de una medida alternativa que entrañe una complicación menor, o no entrañe ninguna complicación, del uso de marcas de fábrica o de comercio no podría informar una evaluación de si las razones por las que se aplican las exigencias especiales apoyan suficientemente la complicación resultante".¹⁶⁸⁹ En particular, el Grupo Especial "[n]o exclu[ía] la posibilidad de que la disponibilidad de una medida alternativa pudiera, en las circunstancias particulares de un determinado caso, poner en entredicho las razones que un demandado hubiera invocado para adoptar una medida impugnada en virtud del artículo 20".¹⁶⁹⁰

6.655. A nuestro juicio, el Grupo Especial no incurrió en error al no incluir un examen de medidas alternativas como consideración requerida para determinar si el uso de una marca de fábrica o de comercio ha sido complicado "injustificablemente" por exigencias especiales. De hecho, como aduce Australia, si una consideración de medidas alternativas fuera obligatoria en virtud del artículo 20, ello equipararía el concepto de justificabilidad reflejado en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC con el concepto de necesidad en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994. A nuestro juicio, ello sería contrario a la intención de los redactores de proporcionar un mayor margen de discrecionalidad a los Miembros al emplear el término "injustificablemente" -en contraposición a un término que reflejara la idea de necesidad- en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En consecuencia, si bien tal vez fuera posible que, en las circunstancias de un caso específico, una medida alternativa que diera lugar al menos a una contribución equivalente pusiera en entredicho que las razones para la adopción de las exigencias especiales apoyen suficientemente las complicaciones del uso de la marca de fábrica o de comercio resultantes, tal examen no es una indagación necesaria en el marco del artículo 20.

6.656. Por último, Honduras afirma que el Grupo Especial incurrió en error al invocar la Declaración de Doha en su interpretación del artículo 20. A juicio de Honduras, la Declaración de Doha no es pertinente para la interpretación del artículo 20 porque "guarda relación con la cuestión del acceso a los medicamentos y las patentes, y no con disposición alguna del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a las marcas de fábrica o de comercio".¹⁶⁹¹ Según Honduras, "la Declaración de Doha no es, y nunca se ha pretendido que sea, una declaración más general que trate de permitir que los Miembros adopten medidas relacionadas con la salud pública que infrinjan el Acuerdo sobre los ADPIC en general o la Sección relativa a las marcas de fábrica o de comercio en particular".¹⁶⁹² Australia responde que el Grupo Especial hizo referencia a la Declaración de Doha simplemente para confirmar que las consideraciones de salud pública figuran "indudablemente" entre los intereses sociales que pueden "justificar" una complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio.¹⁶⁹³ A juicio de Australia, en cualquier caso, "que la Declaración de Doha constituya o no un acuerdo ulterior ... es en última instancia indiferente", porque "el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, por

¹⁶⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

¹⁶⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598. El Grupo Especial aclaró que: "[e]sto podría ser así, especialmente, si una alternativa fácilmente disponible tuviera como mínimo resultados equivalentes en lo que se refiere al objetivo de política de la medida impugnada, poniendo así en entredicho que las razones invocadas apoyen suficientemente cualesquiera complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de la medida". (*Ibid.*).

¹⁶⁹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 256.

¹⁶⁹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 256.

¹⁶⁹³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 242.

sí mismo, deja claro que los Miembros pueden adoptar las medidas necesarias para la protección de la salud pública".¹⁶⁹⁴

6.657. Recordamos que el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha dispone que "[a]l aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios". Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha refleja "las normas de interpretación aplicables, que requieren que el intérprete de un tratado tenga en cuenta el contexto y el objeto y fin del tratado que se está interpretando".¹⁶⁹⁵ En consecuencia, con independencia de la condición jurídica de la Declaración de Doha, no vemos ningún error en el hecho de que el Grupo Especial invoque este principio general de la interpretación de los tratados.

6.658. Además, observamos que el Grupo Especial hizo referencia al párrafo 5 a) de la Declaración de Doha para confirmar que "los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrecen un contexto importante para la interpretación del artículo 20".¹⁶⁹⁶ Al parecer, el Grupo Especial había llegado a la conclusión sobre la pertinencia contextual de los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC antes de ocuparse del párrafo 5 a) de la Declaración de Doha, y empleó este último simplemente para corroborar su opinión.¹⁶⁹⁷ En particular, antes de pasar a considerar la Declaración de Doha, el Grupo Especial observó que "[e]l artículo 8 ofrece ... una orientación contextual útil para interpretar el término 'injustificablemente' en el artículo 20".¹⁶⁹⁸ El Grupo Especial también observó que los intereses sociales a los que se hace referencia en el artículo 8 pueden proporcionar una base para justificar medidas con arreglo al artículo 20.¹⁶⁹⁹ Por consiguiente, estamos de acuerdo con Australia en que, en cualquier caso, la invocación de la Declaración de Doha no fue de importancia decisiva para el razonamiento del Grupo Especial, ya que este había llegado a sus conclusiones sobre la pertinencia contextual de los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC para la interpretación del artículo 20 antes de pasar a considerar la Declaración de Doha. El Grupo Especial invocó la Declaración de Doha simplemente para corroborar sus conclusiones previas sobre la pertinencia contextual de los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.659. En resumen, el sentido corriente del término "injustificablemente", leído en el contexto de otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, indica que en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC los Miembros gozan de cierto grado de discrecionalidad al imponer complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio.¹⁷⁰⁰ Para establecer que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se está complicando injustificablemente con exigencias especiales, el reclamante debe demostrar que un objetivo de política perseguido por un Miembro que impone exigencias especiales no apoya suficientemente las complicaciones resultantes de esas exigencias. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que tal demostración podría incluir una consideración de: i) la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales; ii) las razones de la imposición de exigencias especiales; y iii) una demostración del modo en que las razones de la imposición de exigencias especiales apoyan las complicaciones resultantes.

6.660. Por lo tanto, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En consecuencia, confirmamos la interpretación realizada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.2430 de su informe, del término "injustificablemente".

¹⁶⁹⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 242.

¹⁶⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2411.

¹⁶⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2411.

¹⁶⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2402-7.2406. En particular, antes de pasar al párrafo 5 a) de la Declaración de Doha, el Grupo Especial concluyó que los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC "ofrecen un contexto pertinente" para el artículo 20. (*Ibid.*, párrafo 7.2399).

¹⁶⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2404.

¹⁶⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2406.

¹⁷⁰⁰ El grado de discrecionalidad reflejado mediante el término "injustificablemente" en el artículo 20 es mayor de lo que habría sido si en esta disposición se hubiese empleado el término que refleja la noción de "necesidad".

6.3.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

6.661. En su apelación, Honduras se centra en dos elementos de la aplicación por el Grupo Especial del criterio jurídico previsto en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En concreto, Honduras aduce que el Grupo Especial incurrió en error al: i) centrarse en el valor económico de las marcas de fábrica o de comercio y evaluar los factores supuestamente mitigadores¹⁷⁰¹, y ii) determinar que hay "buenas razones" que proporcionan un "apoyo suficiente" para la complicación.¹⁷⁰² Con respecto a la última parte de su alegación Honduras aduce que: i) la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP contribuyen a reducir el consumo de tabaco está viciada por varios errores de derecho¹⁷⁰³; ii) el Grupo Especial incurrió en error al rechazar las medidas razonablemente disponibles que complican menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio propuestas por los reclamantes¹⁷⁰⁴; y iii) el Grupo Especial atribuyó una importancia jurídica indebida a las Directrices del CMCT.¹⁷⁰⁵ Además, Honduras alega que el Grupo Especial, pese a su intención declarada, no sopesó y confrontó las preocupaciones en materia de salud pública subyacentes a las medidas TPP con sus repercusiones en el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.¹⁷⁰⁶

6.662. La República Dominicana aduce independientemente que las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC son erróneas porque no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.¹⁷⁰⁷ En particular, la República Dominicana cuestiona el análisis que el Grupo Especial hizo de la contribución de las medidas TPP y el que hizo de las medidas alternativas propuestas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, al que el Grupo Especial hizo referencia posteriormente en su análisis en el marco del artículo 20. Con respecto a estas constataciones, la República Dominicana aduce que, si revocamos las constataciones pertinentes del Grupo Especial relativas a la contribución y a las medidas alternativas que restringen menos el comercio formuladas en el marco del párrafo 2 del artículo 2, también debemos revocar las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁷⁰⁸

6.663. Australia aduce que Honduras incurre en error al considerar que el Grupo Especial atribuyó una "importancia indebida a la pérdida de valor económico de las marcas de fábrica o de comercio en lugar de centrarse en la repercusión de las medidas TPP en el uso de una marca de fábrica o de comercio en lo relativo a su función distintiva".¹⁷⁰⁹ Australia reconoce que el Grupo Especial tuvo en cuenta el valor económico de las marcas de fábrica o de comercio en su análisis de la repercusión de las medidas TPP, pero no con exclusión de la función distintiva de dichas marcas.¹⁷¹⁰ En opinión de Australia, en el análisis del Grupo Especial no se restó importancia al gran alcance de las complicaciones derivadas de las medidas TPP, sino que más bien se examinaron sus "*repercusiones prácticas*".¹⁷¹¹ Australia además afirma que el argumento de los apelantes relativo al análisis que el Grupo Especial hizo de las posibles alternativas presupone equivocadamente que el examen de las alternativas en el marco del criterio de la "injustificabilidad" es idéntico al examen en el marco del criterio de la "necesidad".¹⁷¹² Con respecto a la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial atribuyó una "importancia jurídica indebida"¹⁷¹³ a las Directrices del CMCT, Australia considera que "[e]l Grupo Especial hizo referencia a las Directrices del CMCT simplemente para 'subraya[r]' la importancia de las razones de salud pública por las que se aplican las exigencias especiales relacionadas con marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP" no para constatar

¹⁷⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 264-276.

¹⁷⁰² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 277-317.

¹⁷⁰³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 280-284.

¹⁷⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 285-298.

¹⁷⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 299-312.

¹⁷⁰⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 281-282 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.2592-7.2594).

¹⁷⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1587.

¹⁷⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1588.

¹⁷⁰⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 246 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 266).

¹⁷¹⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 247.

¹⁷¹¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 248 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570). (el resalte es de Australia)

¹⁷¹² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 250.

¹⁷¹³ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 253 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 299 y 312).

que la existencia de las Directrices permitiría de alguna manera superar una constatación de 'incompatibilidad con las normas de la OMC'.¹⁷¹⁴

6.3.2.4.1 El examen de la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las medidas TPP realizado por el Grupo Especial

6.664. El primer motivo de apelación de Honduras se refiere a que el Grupo Especial se centró de manera supuestamente errónea en el valor económico de las marcas de fábrica o de comercio al examinar la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias especiales previstas en las medidas TPP. En opinión de Honduras, el Grupo Especial incurrió en error al no centrarse en el uso de una marca de fábrica o de comercio en lo relativo a su función distintiva y al concluir que el uso admisible de determinadas marcas verbales tenía un efecto mitigador.¹⁷¹⁵ Honduras sostiene que la indagación pertinente en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no consiste en si el titular de la marca de fábrica o de comercio puede distinguir sus bienes a la luz de las complicaciones impuestas, sino cómo se han visto afectadas una marca de fábrica o de comercio y su función.¹⁷¹⁶ Honduras subraya que "[l]a prohibición de utilizar signos figurativos constituye la 'complicación suma' del uso de esas marcas de fábrica o de comercio".¹⁷¹⁷

6.665. Australia responde que, en su análisis, el Grupo Especial se centró exactamente en lo que, según aduce Honduras, debía haberse centrado, es decir, "las repercusiones de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio en la capacidad de una marca para distinguir bienes y servicios de empresas en el curso de operaciones comerciales".¹⁷¹⁸ Australia señala que el Grupo Especial tuvo en cuenta las complicaciones "de gran alcance" que las medidas TPP imponen al evaluar si las medidas TPP imponen una complicación injustificable al uso de las marcas de fábrica o de comercio.¹⁷¹⁹ En opinión de Australia, en el análisis que el Grupo Especial hizo de las consecuencias económicas "no se restó importancia a la complicación 'de gran alcance'".¹⁷²⁰ Más bien, "[e]l argumento del Grupo Especial era que las 'repercusiones prácticas de esas prohibiciones' se veían 'en parte mitigadas' por el hecho de que las empresas tabacaleras pueden seguir utilizando marcas verbales para distinguir sus productos de los de otras empresas".¹⁷²¹

6.666. Empezamos por recordar que el primer paso de la prueba jurídica en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC que se fijó el Grupo Especial fue examinar "la naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales, permitiendo así que la marca cumpla su función prevista".¹⁷²² Al aplicar este elemento de la prueba a los hechos del asunto, el Grupo Especial convino con los reclamantes en que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o comercio de las medidas TPP son "de gran alcance".¹⁷²³ A este respecto, el Grupo Especial recordó que "[l]as medidas TPP eliminan la posibilidad de aplicar marcas de fábrica o de comercio figurativas, o elementos figurativos o estilizados de marcas compuestas y verbales, al empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco para distinguir de ese modo los bienes de una empresa de los de otras empresas".¹⁷²⁴ Según el Grupo Especial, "[a]sí pues, las medidas TPP impiden que cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes ... contribuyan a distinguir los productos en el mercado".¹⁷²⁵

¹⁷¹⁴ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 254 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2596).

¹⁷¹⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 266.

¹⁷¹⁶ Respuesta de Honduras a preguntas formuladas en la segunda audiencia.

¹⁷¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 267.

¹⁷¹⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 246 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2563). (el resalte es de Australia)

¹⁷¹⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 247.

¹⁷²⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 248 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2569).

¹⁷²¹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 248. (con resalte en el original)

¹⁷²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2430.a.

¹⁷²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2557.

¹⁷²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2557.

¹⁷²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2558.

6.667. A continuación, el Grupo Especial recordó la afirmación del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* de que "[p]or referencia al párrafo 1 del artículo 15 [del Acuerdo sobre los ADPIC] se entiende que las marcas de fábrica o de comercio tienen la función de distinguir los bienes o servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales" y que "[c]ada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función"¹⁷²⁶, que incluye su interés en usar sus marcas de fábrica o de comercio. En opinión del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, "[s]i ese interés legítimo se tiene en cuenta se tendrá también en cuenta el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en el valor económico de su marca derivado del renombre de que disfruta y de la calidad que denota".¹⁷²⁷ Si bien el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* formuló esta declaración en el contexto del examen de "los intereses legítimos del titular de la marca" mencionados en el artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial consideró que era una orientación contextual importante a los efectos de su análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁷²⁸ El Grupo Especial reconoció la legitimidad del interés del titular de una marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca con diversas finalidades, entre ellas identificar la fuente del producto y dar a conocer sus beneficios tangibles o intangibles, y consideró que tenía que analizar la repercusión de las medidas TPP en la capacidad del titular del derecho para usar las marcas de fábrica o de comercio para esas diversas finalidades.¹⁷²⁹

6.668. El Grupo Especial señaló que: "[l]os reclamantes no han tratado de demostrar que de hecho los consumidores no han podido distinguir la *fuentes* comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas ... como consecuencia de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio".¹⁷³⁰ El Grupo Especial además señaló el argumento de los reclamantes de que la eliminación de los elementos figurativos prevista en las medidas TPP menoscabó la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para dar a conocer a los consumidores la calidad, las características y la reputación de los distintos productos de tabaco.¹⁷³¹ En opinión del Grupo Especial, sin embargo, impedir que estas características de diseño creen percepciones positivas del producto y desalentar el consumo de productos de tabaco por los consumidores era "la finalidad misma de las medidas TPP".¹⁷³²

6.669. El Grupo Especial consideró que, "al no permitir el uso de las características de diseño de las marcas de fábrica o de comercio, ... las medidas TPP impiden al titular de una marca de fábrica o de comercio obtener valor económico de cualesquiera características de diseño de su marca".¹⁷³³ Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las prohibiciones de las medidas TPP concernientes al uso de marcas de fábrica o de comercio figurativas en el empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco y de los elementos figurativos y estilizados de las marcas compuestas y verbales "afectan mucho a las posibilidades que el titular de la marca espera tener de obtener valor económico del uso de esas características".¹⁷³⁴ No obstante, el Grupo Especial resaltó que "[l]as repercusiones prácticas de esas prohibiciones se ven en parte mitigadas por el hecho de que las medidas TPP permiten a los fabricantes de tabaco utilizar marcas verbales, incluido el nombre de la marca y de la variante, para distinguir unos de otros sus productos".¹⁷³⁵ Además, el Grupo Especial reiteró que "los reclamantes no han tratado de demostrar que, como consecuencia de las complicaciones resultantes de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, de hecho los consumidores no han podido distinguir los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas".¹⁷³⁶

¹⁷²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2560 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.664).

¹⁷²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2560 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.664).

¹⁷²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2562.

¹⁷²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2562.

¹⁷³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564. (con resalte en el original)

¹⁷³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564.

¹⁷³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2567.

¹⁷³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2569.

¹⁷³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2569.

¹⁷³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570.

¹⁷³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570. (no se reproduce la nota de pie de página)

6.670. Honduras afirma que, contrariamente a lo que constató el Grupo Especial, las complicaciones impuestas por las medidas TPP representaban la "complicación suma" del uso de marcas de fábrica o de comercio porque las medidas TPP prohíben el uso de cualesquiera signos figurativos en los productos de tabaco y en el empaquetado de esos productos.¹⁷³⁷ A este respecto, señalamos que el Grupo Especial reconoció que las medidas TPP "eliminan la posibilidad de aplicar marcas de fábrica o de comercio figurativas, o elementos figurativos o estilizados de marcas compuestas y verbales, al empaquetado del tabaco para la venta al por menor y los productos de tabaco"¹⁷³⁸ y que, por lo tanto, prohíben "cualquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio".¹⁷³⁹ Tras reconocer que las medidas TPP permiten el uso de marcas verbales que se presenten en la forma prescrita por el Reglamento TPP y prohíben el uso de cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes, el Grupo Especial caracterizó las complicaciones como "de gran alcance".¹⁷⁴⁰ Al hacerlo, el Grupo Especial reconoció la naturaleza integral de la prohibición del uso de los componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes prevista en las medidas TPP. Al mismo tiempo, el Grupo Especial se refirió tanto a los elementos permisivos (es decir, el uso de marcas verbales en la forma prescrita por el Reglamento TPP) como a los elementos prohibitivos (es decir, la prohibición del uso de componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio) de las medidas TPP. Nos parece que, considerando los dos elementos en conjunto, el Grupo Especial caracterizó el grado de las complicaciones en cuestión como "de gran alcance" y no como una "complicación suma" del uso de las marcas de fábrica o de comercio.

6.671. Honduras aduce que el Grupo Especial incurrió en error porque no se centró en el uso de una marca de fábrica o de comercio individual en lo relativo a su función distintiva y se centró en cambio en un efecto económico mitigador derivado del uso admisible de determinadas marcas verbales.¹⁷⁴¹ Recordamos que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, "[p]odrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas". El carácter distintivo de los signos (como tales o adquirido mediante el uso) es, por lo tanto, esencial para que pueda ser registrado como marca de fábrica o de comercio.¹⁷⁴² Además, como observó el Grupo Especial encargado de los asuntos *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)* en el contexto del análisis que hizo en el marco del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC, el titular de una marca de fábrica o de comercio "tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir" de su marca, que "incluye su interés en usar su propia marca".¹⁷⁴³ El interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en preservar el carácter distintivo y usar su marca en el curso de operaciones comerciales incluye el interés en obtener el valor económico de su marca.¹⁷⁴⁴

6.672. A este respecto, señalamos que, en su análisis, el Grupo Especial reiteró varias veces que los reclamantes no habían tratado de demostrar ante el Grupo Especial que, como consecuencia de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, los consumidores no han podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas.¹⁷⁴⁵ Habida cuenta de que los reclamantes no trataron de establecer que, como consecuencia de las medidas TPP, los consumidores no han podido distinguir la fuente de los productos de tabaco en cuestión, consideramos que era adecuado que el Grupo Especial examinara otro aspecto de los intereses legítimos del titular de la marca de fábrica o de comercio, esto es, la posibilidad de obtener valor económico de su marca.¹⁷⁴⁶ Al examinar la capacidad de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio "para obtener de otro modo un

¹⁷³⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 267.

¹⁷³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2557.

¹⁷³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2558.

¹⁷⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2557 y 7.2569.

¹⁷⁴¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 266.

¹⁷⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 154.

¹⁷⁴³ Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.644; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.664.

¹⁷⁴⁴ Informes de los Grupos Especiales, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.644; y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.664.

¹⁷⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2564 y 7.2570.

¹⁷⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2571.

valor económico de esas marcas", el Grupo Especial abordó los argumentos relativos a la competencia de precios y la sustitución a la baja que los propios reclamantes habían planteado.¹⁷⁴⁷

6.673. Honduras también cuestiona la declaración del Grupo Especial de que "[l]as repercusiones prácticas [de las prohibiciones de utilizar cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes] se ven en parte mitigadas por el hecho de que las medidas TPP permiten a los fabricantes de tabaco utilizar marcas verbales ... para distinguir ... sus productos".¹⁷⁴⁸ Como se ha indicado, el Grupo Especial analizó tanto los elementos prohibitivos como los elementos permisivos de las medidas TPP. En nuestra opinión, al hacer esta declaración, el Grupo Especial reconoció que, pese a la prohibición de utilizar los componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio, los consumidores pueden distinguir la fuente de los productos de tabaco porque se permite el uso marcas verbales. Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que, en la siguiente frase, el Grupo Especial reiteró que los reclamantes no habían tratado de establecer que los consumidores no habían podido distinguir la fuente de los productos de tabaco.¹⁷⁴⁹

6.674. Además, no consideramos que esta observación afectara o restara importancia a la caracterización general que el Grupo Especial hizo de las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de las medidas TPP como "de gran alcance".¹⁷⁵⁰ A este respecto, recordamos que, en el párrafo 7.2604, donde se resume el análisis que realizó en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial repitió su interpretación de que "las exigencias especiales afectan mucho a las posibilidades de los titulares de marcas de obtener un valor económico del uso de las características figurativas o estilizadas de las marcas de fábrica o de comercio".¹⁷⁵¹

6.675. En resumen, consideramos que, tras evaluar tanto los elementos prohibitivos como los elementos permisivos de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, el Grupo Especial caracterizó la naturaleza y la magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales previstas en las medidas TPP como "de gran alcance".¹⁷⁵² La observación del Grupo Especial de que las "repercusiones prácticas" de las prohibiciones del uso de los elementos no verbales de las marcas de fábrica o de comercio se veían "en parte mitigadas" porque se permitía el uso de marcas verbales no menoscababa esta conclusión.¹⁷⁵³ Más bien, al hacer esta declaración, el Grupo Especial explicó que, pese a las prohibiciones del uso de los componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio, los consumidores podían seguir distinguiendo la fuente de los productos de tabaco porque se permite el uso de marcas verbales. Además, habida cuenta de que los reclamantes no cuestionaron que fuera posible distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco en cuestión, el Grupo Especial abordó los intereses legítimos de los titulares de las marcas de fábrica o de comercio examinando la posibilidad de los titulares de obtener valor económico de sus marcas.

6.3.2.4.2 La evaluación realizada por el Grupo Especial de la cuestión de si las razones para la adopción de las exigencias especiales proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones resultantes

6.676. La impugnación por Honduras de la conclusión del Grupo Especial de que las razones para la adopción de las exigencias especiales previstas en las medidas TPP apoyan suficientemente las complicaciones resultantes se basa en varios motivos. En primer lugar, Honduras aduce que la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP contribuyen a la reducción del consumo de tabaco estaba viciada por varios errores de derecho, entre ellos la ausencia de un proceso de sopesar y confrontar en el análisis realizado por el Grupo Especial, y la falta de objetividad en la evaluación de las pruebas realizada por el Grupo Especial en el marco del artículo 11 del ESD.¹⁷⁵⁴ En segundo lugar, Honduras sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar las medidas alternativas

¹⁷⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2571-7.2572.

¹⁷⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570.

¹⁷⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570.

¹⁷⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2557 y 7.2569.

¹⁷⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁷⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2557, 7.2569 y 7.2604.

¹⁷⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2570-7.2571.

¹⁷⁵⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 280-284.

razonablemente disponibles que complican menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio propuestas por los reclamantes.¹⁷⁵⁵ Abordamos sucesivamente cada una de estas preocupaciones.

6.677. El primer argumento de Honduras es que el Grupo Especial no sopesó y confrontó las preocupaciones relativas a la salud pública y sus repercusiones en el uso de las marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Honduras aduce que, en cambio, "en tres breves párrafos, el Grupo Especial simplemente repit[ió] el hecho de que la protección de la salud es una preocupación importante y recuerda la constatación (errónea) que formuló respecto de la alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de que las medidas de empaquetado genérico contribuyen a la reducción del hábito de fumar".¹⁷⁵⁶ Australia responde que el Grupo Especial llevó a cabo un proceso de sopesar y confrontar en la sección 7.3.5.5.3.4 de su informe.¹⁷⁵⁷

6.678. Recordamos que, como primera etapa de su análisis, el Grupo Especial definió el grado de complicación resultante de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP como "de gran alcance".¹⁷⁵⁸ En la segunda etapa de su análisis, el Grupo Especial estableció que "a efectos del artículo 20, la razón por la que Australia aplica las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, como parte integrante de las medidas TPP, es mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁷⁵⁹ El Grupo Especial recordó la observación del Órgano de Apelación de que la protección de la vida y la salud de las personas es "vital y de la máxima importancia".¹⁷⁶⁰ Honduras no cuestiona esta constatación.

6.679. A continuación, el Grupo Especial pasó a examinar si las razones para la aplicación de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio previstas en las medidas TPP apoyan suficientemente las complicaciones resultantes. Al hacerlo, el Grupo Especial declaró que tendría que evaluar las preocupaciones relativas a la salud pública que subyacen a las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP contrastándolas con las complicaciones resultantes. A continuación, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

El hecho de que esas exigencias especiales, como parte de las medidas TPP en su conjunto y en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, puedan contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para aplicar las complicaciones resultantes al uso de marcas de fábrica o de comercio.¹⁷⁶¹

6.680. El hecho de que el Grupo Especial hiciera esta declaración al principio puede haber motivado la alegación de Honduras de que el Grupo Especial no llevó a cabo un proceso de sopesar y confrontar. No obstante, señalamos que, después de esta declaración, el Grupo Especial explicó las razones que le habían llevado a esta conclusión. En particular, el Grupo Especial recordó su constatación, formulada en el contexto del análisis realizado en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, de que la razón de ser de la imposición de las medidas TPP era que se había determinado que la eliminación de las características de diseño en el empaquetado para la venta al por menor y los cigarrillos era adecuada para reducir el atractivo de los productos de tabaco y aumentar la eficacia de las ASG. A continuación, el Grupo Especial hizo hincapié en que la normalización del empaquetado formaba parte integrante de las medidas TPP y recordó que anteriormente había rechazado un mecanismo de escrutinio previo como medida alternativa debido a la discrecionalidad administrativa que este conllevaba.¹⁷⁶² Consideramos que, de este modo, el Grupo especial vinculó las prescripciones de las medidas TPP con la preocupación en materia de salud pública que trataban de abordar, lo que demostraba que los objetivos de salud pública de Australia podían lograrse solo mediante unas prescripciones uniformes y normalizadas que no dejaran ningún margen a una posible discrecionalidad administrativa o a una aplicación no uniforme.

¹⁷⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 285-298.

¹⁷⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 281 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.2592-7.2594).

¹⁷⁵⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 249.

¹⁷⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2557 y 7.2569.

¹⁷⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2586.

¹⁷⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2587. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁷⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2592.

¹⁷⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2594.

A continuación, el Grupo Especial abordó los argumentos de los reclamantes sobre las posibles medidas alternativas que complicaban menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio.

6.681. A la luz de lo anterior, no estamos de acuerdo con Honduras en que el Grupo Especial no llevara a cabo en su análisis un proceso de sopesar y confrontar. En nuestra opinión, el análisis del Grupo Especial contiene los elementos básicos de dicho proceso, como una evaluación de los objetivos perseguidos y la naturaleza de las medidas que se imponen, así como un examen de las posibles medidas alternativas. Además, no consideramos que el proceso de sopesar y confrontar que el Grupo Especial debía llevar a cabo en el marco del artículo 20 sea el mismo que en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no puede equipararse al término "innecesarios" que figura en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el examen de medidas alternativas que complican menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio no es un elemento necesario de la evaluación de la justificabilidad en el marco del artículo 20.

6.682. Honduras también cuestiona el trato que el Grupo Especial dio a las medidas alternativas propuestas. Afirma que, al constatar que no siempre es necesario examinar la disponibilidad de medidas alternativas que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio, el Grupo Especial rechazó el concepto de que una medida complicaría "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el sentido del artículo 20 si la complicación va más allá de lo que es suficiente para abordar el objetivo de política específico.¹⁷⁶³ Honduras aduce además que el Grupo Especial "no aplicó su propia prueba jurídica a los hechos del asunto".¹⁷⁶⁴ Recuerda la afirmación del Grupo Especial de que la disponibilidad de una medida alternativa podría poner en entredicho las razones para la adopción de una medida impugnada al amparo del artículo 20 "si una alternativa fácilmente disponible tuviera *como mínimo resultados equivalentes* en lo que se refiere al objetivo de política de la medida impugnada, poniendo así en entredicho que las razones invocadas apoyen suficientemente cualesquiera complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de la medida".¹⁷⁶⁵ No obstante, Honduras alega que posteriormente el Grupo Especial en efecto cambió esta prueba jurídica al exigir que las medidas alternativas propuestas por Honduras "contribu[yesen] [*manifiestamente mejor*] al logro del objetivo de salud pública de Australia, *operando de manera comparable a* las medidas TPP ... como parte integrante de las políticas integrales de control del tabaco de Australia y al nivel deseado por Australia".¹⁷⁶⁶

6.683. Australia señala que en el argumento de Honduras se presupone que, como cuestión de derecho, "el examen de las alternativas en el marco del criterio de 'injustificabilidad' debe ser idéntico en todos los aspectos al examen de las alternativas en el marco del criterio de 'necesidad'", respecto de lo cual Australia discrepa.¹⁷⁶⁷ Australia también cuestiona la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial no "examin[ó] la contribución de las medidas alternativas a la luz de su grado menor de complicación *del uso de las marcas de fábrica o de comercio*".¹⁷⁶⁸ Australia considera que la posición de Honduras refleja la creencia errónea de que el Acuerdo sobre los ADPIC establece un derecho de usar la marca de fábrica o de comercio.¹⁷⁶⁹ Australia afirma que, en cualquier caso, el Grupo Especial constató que ninguna de las alternativas propuestas habría hecho una contribución equivalente al objetivo de Australia en ausencia de las medidas TPP.¹⁷⁷⁰

6.684. Como se ha explicado en el párrafo 6.654 *supra*, el Grupo Especial no consideró que un examen de medidas alternativas disponibles que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio sea necesario al examinar si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificablemente con exigencias especiales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁷⁷¹ Esto es coherente con nuestro entendimiento de que

¹⁷⁶³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 285.

¹⁷⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 286.

¹⁷⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 286. (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598). (el resalte es de Honduras)

¹⁷⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2601). (el resalte es de Honduras)

¹⁷⁶⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 250. (no se reproduce la nota de pie de página) Véase también la comunicación del apelado presentada por Australia, parte III.D.2(c).

¹⁷⁶⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 251 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 290). (con resalte en el original)

¹⁷⁶⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 251.

¹⁷⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 252.

¹⁷⁷¹ A este respecto, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

un examen de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificablemente con exigencias especiales en el sentido del artículo 20 puede incluir un examen de medidas alternativas que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio, pero no es un elemento necesario en la evaluación de la justificabilidad en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, no advertimos error alguno en el enfoque del Grupo Especial.

6.685. A continuación, abordamos el argumento de Honduras de que el Grupo Especial no "examin[ó] la contribución de las medidas alternativas a la luz de su grado menor de complicación del uso de las marcas de fábrica o de comercio".¹⁷⁷² En opinión de Honduras, el Grupo Especial traspuso erróneamente el análisis que realizó en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que se centra en la restrictividad del comercio, al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que se centra en la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio.¹⁷⁷³

6.686. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC prevé que 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" y que esos reglamentos "no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo". En el contexto de un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, una comparación del reglamento técnico impugnado con posibles *medidas alternativas* es "una herramienta conceptual para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario".¹⁷⁷⁴ El Órgano de Apelación ha aclarado que, a fin de que una posible medida alternativa haga que una medida impugnada sea incompatible con el párrafo 2 del artículo 2, debe "est[ar] razonablemente disponible[] y se[r] menos restrictiva[] del comercio que la medida impugnada, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo".¹⁷⁷⁵ Además, el Órgano de Apelación ha declarado que la obligación de analizar "los riesgos que crearía no alcanzar[el objetivo]" que establece el párrafo 2 del artículo 2 indica un elemento más del análisis, a saber, una determinación de si una posible medida alternativa "haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate", teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.¹⁷⁷⁶

6.687. A diferencia del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que se refiere a "obstáculos innecesarios al comercio internacional", el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC exige que no se "compl[ique] injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales.¹⁷⁷⁷ Así pues, mientras que el objetivo del párrafo 2 del artículo 2 es evitar los obstáculos innecesarios al comercio internacional asegurando

A nuestro entender, el término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 ofrece a los Miembros un cierto margen de discrecionalidad para escoger una intervención encaminada a abordar un objetivo de política, lo cual puede tener alguna repercusión en el uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, siempre que las razones apoyen suficientemente cualquier complicación resultante. Esto, sin embargo, no significa que la disponibilidad de una medida alternativa que entrañe una complicación menor, o no entrañe ninguna complicación, del uso de marcas de fábrica o de comercio no podría informar una evaluación de si las razones por las que se aplican las exigencias especiales apoyan suficientemente la complicación resultante. No excluimos la posibilidad de que la disponibilidad de una medida alternativa pudiera, en las circunstancias particulares de un determinado caso, poner en entredicho las razones que un demandado hubiera invocado para adoptar una medida impugnada en virtud del artículo 20. Esto podría ser así, especialmente, si una alternativa fácilmente disponible tuviera como mínimo resultados equivalentes en lo que se refiere al objetivo de política de la medida impugnada, poniendo así en entredicho que las razones invocadas apoyen suficientemente cualesquiera complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes de la medida.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598).

¹⁷⁷² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 290. (con resalte en el original)

¹⁷⁷³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 290-295.

¹⁷⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320.

¹⁷⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 166, en el que se aborda el concepto de "necesidad" en el contexto del artículo XX del GATT de 1994 y el artículo XIV del AGCS). (con resalte en el original)

¹⁷⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 321. La definición del término "equivalente" incluye "[e]qual in value, significance, or meaning" ("de igual valor, importancia o sentido") y "having the same effect" ("que tiene los mismos efectos"). (*Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble y A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen 1, página 851).

¹⁷⁷⁷ Sin resalte en el original.

que los reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario, la finalidad del artículo 20 es evitar la imposición de complicaciones injustificables al uso de las marcas de fábrica o de comercio. De hecho, el interés principal que se protege en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es que no se obstaculicen las corrientes comerciales internacionales, mientras que el que se protege en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es evitar que se impongan complicaciones injustificables al uso de una marca de fábrica o de comercio por su titular en el curso de operaciones comerciales.¹⁷⁷⁸ En consecuencia, mientras que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una medida alternativa debe estar razonablemente disponible y ser menos restrictiva del comercio que la medida impugnada, una alternativa propuesta en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC debe conllevar un grado menor de complicación o ninguna complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio. En consecuencia, una simple trasposición de un examen de las posibles medidas alternativas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al análisis realizado en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no sería apropiada porque las indagaciones en el marco de las dos disposiciones se centran en aspectos diferentes. Al mismo tiempo, la misma medida alternativa puede presentar tanto aspectos que restrinjan el comercio como aspectos que compliquen el uso de una marca de fábrica o de comercio. En este caso, los elementos que restringen el comercio de esa medida se examinarían en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la posibilidad de que la medida complique el uso de una marca de fábrica o de comercio se examinaría en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.688. Recordamos que, en su análisis de las medidas alternativas, el Grupo Especial indicó en primer lugar que los reclamantes "se remit[ía]n, en el contexto de sus alegaciones al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, a las mismas cuatro medidas que en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁷⁷⁹ Estas eran i) un aumento de la tributación de los productos de tabaco; ii) un aumento de la EMCL; iii) una mejora de las campañas de mercadotecnia social contra el consumo de tabaco; y iv) la creación de un mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco. El Grupo Especial consideró que las tres primeras de esas alternativas no conllevarían complicación alguna del uso de las marcas de fábrica o de comercio, mientras que la creación de un mecanismo de escrutinio previo conllevaría algunas complicaciones del uso de las marcas.¹⁷⁸⁰ Como se ha indicado, el Grupo Especial se basó en su análisis de las medidas alternativas en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en la evaluación que hizo en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.689. Como observó el Grupo Especial, los reclamantes habían presentado las mismas cuatro medidas alternativas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁷⁸¹ Como hemos señalado *supra*, aunque una medida alternativa tuviese tanto aspectos que restringen el comercio como aspectos que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio, el aspecto central de la indagación en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es diferente al de la indagación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La indagación en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC debe centrarse en los aspectos de la medida alternativa que compliquen el uso de una marca de fábrica o de comercio. A este respecto, señalamos que el Grupo Especial efectivamente consideró en su análisis la cuestión de si las medidas alternativas propuestas conllevarían complicaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio. El Grupo Especial constató que "[t]res de esas alternativas no conllevarían complicación alguna del uso de las marcas de fábrica o de comercio, mientras que un mecanismo de escrutinio previo conllevaría también complicaciones del uso de las marcas".¹⁷⁸² En consecuencia, contrariamente a lo que aduce Honduras, el Grupo Especial efectivamente examinó las medidas alternativas desde la perspectiva de las marcas de fábrica o de comercio.

6.690. El tercer motivo de Honduras para impugnar el análisis que el Grupo Especial hizo de las medidas alternativas se refiere a la articulación por el Grupo Especial del grado de contribución que deben lograr las medidas alternativas propuestas. En opinión de Honduras, el Grupo Especial primero declaró que las medidas alternativas deben "t[ener] como mínimo resultados equivalentes", pero después cambió de criterio al exigir que las medidas alternativas contribuyesen "manifiestamente

¹⁷⁷⁸ Recordamos a este respecto que, según el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC, los derechos de propiedad intelectual son derechos privados.

¹⁷⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2599.

¹⁷⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2599.

¹⁷⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2599.

¹⁷⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2599.

mejor" que las medidas TPP al objetivo de Australia.¹⁷⁸³ Así, según Honduras, "la constatación del Grupo Especial se basa en un criterio diferente del que aparentemente se fijó".¹⁷⁸⁴

6.691. Recordamos que, al exponer su enfoque respecto del análisis de las medidas alternativas, el Grupo Especial declaró que la medida impugnada se pondría en entredicho "si una alternativa fácilmente disponible tuviera como mínimo resultados equivalentes en lo que se refiere al objetivo de política de la medida impugnada".¹⁷⁸⁵ El Grupo Especial recordó entonces que, en su análisis anterior de las medidas alternativas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, constató que "ninguna de esas medidas alternativas podría hacer una contribución al objetivo de Australia que fuera equivalente a la de las medidas TPP".¹⁷⁸⁶ A la luz de estas constataciones anteriores formuladas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial concluyó que "los reclamantes no han demostrado que ninguna de las medidas alternativas propuestas, sola o en combinación con otras, contribuiría [manifiestamente mejor] al logro del objetivo de salud pública de Australia".¹⁷⁸⁷

6.692. Ciertamente, las referencias del Grupo Especial al nivel de contribución de las medidas alternativas no fueron coherentes. Al articular el criterio por el que se regiría, el Grupo Especial declaró que la medida alternativa fácilmente disponible debía tener "*como mínimo resultados equivalentes*" a los de la medida impugnada.¹⁷⁸⁸ En contraste, posteriormente en su análisis, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no han mostrado que ninguna de las medidas alternativas propuestas contribuiría "*manifiestamente mejor*" al objetivo de Australia.¹⁷⁸⁹ No obstante, recordamos que, en su examen de las medidas alternativas en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial se basó en su análisis anterior de las medidas alternativas en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial consideró que las constataciones que había formulado en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC eran "pertinentes" para su análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y formuló sus conclusiones con respecto a las medidas alternativas en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC "[a] la luz de esas anteriores constataciones" formuladas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁷⁹⁰ Específicamente, el Grupo Especial se basó en la constatación que había formulado anteriormente en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de que ninguna de las medidas alternativas "podría hacer una contribución al objetivo de Australia que fuera *equivalente* a la de las medidas TPP".¹⁷⁹¹

6.693. A la luz de lo expuesto anteriormente, reconocemos que los términos que el Grupo Especial utilizó al referirse al grado previsto de contribución de las medidas alternativas en el análisis que hizo en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC fueron incoherentes. No obstante, al formular sus conclusiones relativas a la contribución de las medidas alternativas en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial se basó en las constataciones relativas a la contribución de las medidas alternativas que había formulado anteriormente en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que se basaban en el criterio de equivalencia. En consecuencia, no obstante la incoherencia terminológica, consideramos que, de hecho, el criterio por el que se rigió el Grupo Especial fue el mismo que el que utilizó en el marco del párrafo 2 del

¹⁷⁸³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 286 y 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2598 y 7.2601). (no se reproduce el resalte)

¹⁷⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 289.

¹⁷⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

¹⁷⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2600.

¹⁷⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2601. El Grupo Especial analizó una de las medidas alternativas propuestas -la creación de un mecanismo de escrutinio previo- más detalladamente. El Grupo Especial recordó que "las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio no están destinadas a abordar marcas individuales o sus características específicas, sino a contribuir, como parte integrante de las medidas TPP, a la política integral de normalización [de la apariencia] del empaquetado y ... los productos". (*Ibid.*, párrafo 7.2603). (no se reproduce la nota de pie de página) El Grupo Especial llegó a la conclusión de que, dado que Australia no está obligada a realizar una evaluación individual de las marcas de fábrica o de comercio y sus características, la disponibilidad de un mecanismo de escrutinio previo, que equivale a un método para realizar esa evaluación, no pondría en tela de juicio que el objetivo de salud pública de Australia apoye suficientemente las complicaciones resultantes de las restricciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio. (*Ibid.*).

¹⁷⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598. (sin resalte en el original)

¹⁷⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2601. (sin resalte en el original)

¹⁷⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2601.

¹⁷⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2600. (sin resalte en el original)

artículo 2 del Acuerdo OTC, es decir, que hubiera como mínimo una contribución equivalente al objetivo declarado.¹⁷⁹²

6.694. Recordamos que hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no habían demostrado que dos medidas alternativas -la EMCL de productos de tabaco y un aumento de la tributación de productos de tabaco- podrían hacer una contribución equivalente a la de las medidas TPP.¹⁷⁹³ Concretamente, en tanto en cuanto el Grupo Especial indicó que cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado de reducción general "significativa" del consumo de tabaco en Australia similar o comparable al de las medidas TPP, y sin embargo su contribución no sería equivalente debido a que no aborda las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP en el contexto de la política más amplia de control del tabaco de Australia, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2.¹⁷⁹⁴ Habiendo constatado que el Grupo Especial cometió un error jurídico en sus constataciones relativas a la contribución de estas dos medidas alternativas en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, consideramos que el Grupo Especial no podía basarse en estas constataciones al evaluar la contribución de estas dos medidas alternativas en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁷⁹⁵

6.695. Dicho lo cual, recordamos nuestra interpretación de que, si bien es posible que, en las circunstancias de un caso determinado, una medida alternativa que diera lugar como mínimo a una contribución equivalente pusiera en entredicho que las razones para la adopción de las exigencias especiales apoyen suficientemente las complicaciones del uso de la marca de fábrica o de comercio resultantes, dicho examen no es una indagación necesaria en el marco del artículo 20. En nuestra opinión, dado el grado de autonomía reglamentaria que el artículo 20 confiere a los Miembros mediante el uso del término "injustificablemente", un análisis de las medidas alternativas no es necesario en todos y cada uno de los casos y no ofrece una orientación decisiva para determinar si las complicaciones en cuestión se imponen "injustificablemente". Además, recordamos nuestra constatación, en el párrafo 6.655 *supra*, de que el Grupo Especial no incurrió en error en la interpretación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC al no considerar que un examen de las medidas alternativas fuera un elemento necesario de una indagación en el marco del artículo 20.

6.696. Recordamos que, antes de pasar al análisis de las medidas alternativas en el contexto del artículo 20, el Grupo Especial subrayó que, mediante una normalización global del aspecto del empaquetado y los productos de tabaco, las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP hacen una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁷⁹⁶ Según el Grupo Especial, "[e]ste diseño global de las medidas TPP, del que las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio forman parte integrante", respaldaba la conclusión de que las razones para su adopción apoyaban suficientemente esas prescripciones, y de que, en consecuencia, estas no se imponían injustificablemente.¹⁷⁹⁷ Por lo tanto, puede considerarse que el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las razones para la adopción de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio apoyaban suficientemente las complicaciones del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultantes incluso antes de pasar a examinar las medidas alternativas

¹⁷⁹² Recordamos que, en respuesta a preguntas formuladas en la segunda audiencia, Honduras afirmó que consideraba que el criterio de la contribución equivalente era el correcto para examinar las medidas alternativas en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁷⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1464 y 7.1531.

¹⁷⁹⁴ Al mismo tiempo, hemos concluido que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que esas dos medidas alternativas restrinjan el comercio menos que las medidas TPP. Por consiguiente, aunque hemos concluido que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la equivalencia de la contribución de cada medida alternativa, las constataciones formuladas por el Grupo Especial, de que los reclamantes no han demostrado que el aumento de la EMCL y el aumento de la tributación serían cada uno "una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio, que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia", siguen siendo válidas. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1545).

¹⁷⁹⁵ Dicho esto, no es necesario que sigamos abordando la alegación de la República Dominicana de que el Grupo Especial cometió un error consiguiente al basarse en las constataciones que había formulado en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de que ninguna de las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana lograría el mismo nivel de contribución en el contexto del análisis que hizo en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. (Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1547).

¹⁷⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2593.

¹⁷⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2593.

propuestas. Además, al alcanzar su conclusión definitiva sobre si las razones para la adopción de las exigencias especiales previstas en las medidas TPP apoyaban las complicaciones resultantes, el Grupo Especial no se basó en las conclusiones relativas a las medidas alternativas que había formulado en el contexto del artículo 20. Más bien, tras reconocer que las marcas de fábrica o de comercio "tienen un valor económico sustancial" y que las exigencias especiales previstas en las medidas TPP "afectan mucho a las posibilidades de los titulares de marcas de obtener un valor económico del uso de las características figurativas o estilizadas de las marcas de fábrica o de comercio", el Grupo Especial señaló que "las medidas TPP, incluidas sus restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, son parte integrante de las políticas integrales de control del tabaco de Australia, y están destinadas a complementar las medidas preexistentes".¹⁷⁹⁸

6.697. En nuestra opinión, la conclusión general del Grupo Especial de que los reclamantes no han demostrado que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP compliquen injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC seguiría siendo válida, a pesar del error cometido por el Grupo Especial en su análisis de las medidas alternativas. Como se ha señalado, los Miembros disfrutaban de cierta autonomía reglamentaria para complicar el uso de marcas de fábrica o de comercio con exigencias especiales de conformidad con el artículo 20 y no es necesario realizar un análisis de las medidas alternativas en el marco de esta disposición.¹⁷⁹⁹ A la luz de la contribución que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP hacen al objetivo de Australia, consideramos que las razones de salud pública de Australia para la adopción de las medidas TPP apoyaban suficientemente las complicaciones de gran alcance del uso de las marcas de fábrica o de comercio resultantes de dichas prescripciones.

6.698. Por último, pasamos a abordar las alegaciones de error consiguientes formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Los apelantes afirman que, debido a que el Grupo Especial se basó en las constataciones relativas a la contribución de las medidas TPP que había formulado en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que los apelantes impugnan al amparo del artículo 11 del ESD, las conclusiones del Grupo Especial relativas a la contribución en el contexto del análisis hecho en el marco del artículo 20 también están viciadas.¹⁸⁰⁰ Recordamos que, en su análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial se basó en sus conclusiones de que las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución al objetivo de Australia, formuladas en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En el párrafo 6.373 *supra*, hemos confirmado las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC de que las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Por consiguiente, desestimamos la alegación consiguiente formulada por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD relativa a estas constataciones planteada en el contexto de la impugnación formulada por Honduras en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.699. A la luz de lo anterior, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error en su examen de si las razones para la adopción de las exigencias especiales previstas en las medidas TPP apoyan suficientemente las complicaciones resultantes.

6.3.2.4.3 El peso atribuido por el Grupo Especial a las Directrices del CMCT

6.700. Honduras alega que el Grupo Especial dio un peso jurídico indebido al CMCT y sus Directrices.¹⁸⁰¹ Honduras considera que la conclusión del Grupo Especial de que las "buenas razones" de protección de la salud pública "apoy[aba]n suficientemente" las medidas TPP estaba basada en dos elementos principales: i) la contribución a la reducción del consumo de tabaco; y ii) el logro por Australia de su "objetivo de salud pública interno pertinente obrando en consonancia con las nacientes políticas multilaterales de salud pública en la esfera del control del tabaco reflejadas en

¹⁷⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁷⁹⁹ Como se ha señalado, si bien es posible que, en las circunstancias de un caso determinado, una medida alternativa que diera lugar como mínimo a una contribución equivalente pusiera en entredicho que las razones para la adopción de las exigencias especiales apoyen suficientemente las complicaciones del uso de la marca de fábrica o de comercio resultantes, dicho examen no es una indagación necesaria en el marco del artículo 20.

¹⁸⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 284; y comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1547.

¹⁸⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 299-312.

el CMCT y la labor realizada bajo sus auspicios, incluidas las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT".¹⁸⁰² Honduras considera que el CMCT no incluye ningún "compromiso" vinculante de adoptar el empaquetado genérico¹⁸⁰³, y que no pueden utilizarse sus Directrices para justificar medidas de empaquetado genérico incompatibles con las normas de la OMC, sobre todo en situaciones en que los países van más allá de las prescripciones del CMCT, como hace Australia.¹⁸⁰⁴

6.701. Australia responde que ninguna parte adujo en ningún momento que el CMCT prescriba la adopción del empaquetado genérico del tabaco, y que el Grupo Especial tampoco constató que pudieran utilizarse las Directrices del CMCT para justificar medidas de otro modo incompatibles con las normas de la OMC.¹⁸⁰⁵ Australia señala que la adopción de la recomendación por 180 países es "muy pertinente"¹⁸⁰⁶ para el análisis de la injustificabilidad.¹⁸⁰⁷

6.702. Para empezar, recordamos que Australia había aducido ante el Grupo Especial que las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT¹⁸⁰⁸ constituyen una "norma internacional pertinente" para el empaquetado genérico del tabaco en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁸⁰⁹ El Grupo Especial discrepó de Australia en que las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT constituyeran una "norma" en el sentido del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y consideró que no tenía que seguir examinando si son "internacionales".¹⁸¹⁰ El Grupo Especial hizo hincapié en que "el CMCT y determinadas Directrices del CMCT se han analizado e invocado específicamente como pruebas en al menos dos diferencias anteriores sustanciadas en la OMC", a saber, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*.¹⁸¹¹ El Grupo Especial señaló que Australia y determinados reclamantes habían hecho referencia al CMCT y sus Directrices como "pruebas para respaldar argumentos específicos".¹⁸¹² El Grupo Especial no veía razón alguna para presuponer que el CMCT y sus Directrices "no p[udiera]n informar, junto con otras pruebas pertinentes", su comprensión de aspectos pertinentes de las materias en cuestión, como las "medidas de control de tabaco ... para reducir ... la prevalencia del consumo de tabaco".¹⁸¹³ Esas observaciones preliminares sobre el CMCT y sus Directrices indican que el Grupo Especial tenía intención de utilizarlos, cuando fuera pertinente, "como pruebas", más que como herramienta interpretativa.

6.703. En la parte de su análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC donde se examinaba si las razones para las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP apoyaban suficientemente las complicaciones resultantes, el Grupo Especial hizo la siguiente referencia a las Directrices del CMCT:

¹⁸⁰² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 299 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604).

¹⁸⁰³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 302.

¹⁸⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 303-306.

¹⁸⁰⁵ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 253-254.

¹⁸⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 254. (con resalte en el original)

¹⁸⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 254.

¹⁸⁰⁸ Las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT se refieren al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco. Las Directrices relativas al artículo 13 de las Directrices del CMCT se refiere a las medidas contra la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco.

¹⁸⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.264.

¹⁸¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.397 y 7.400.

¹⁸¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.412-7.414 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafos 1.6, 4.370 y 7.216; y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 2.2, 2.30, 7.4 y 7.229-7.232).

¹⁸¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.416. En particular, el Grupo Especial observó que "Honduras y Cuba cita[ron] el artículo 11 del CMCT en sus argumentos relativos a los efectos de 'desgaste' de las ASG". (Informe del Grupo Especial, nota 1272 al párrafo 7.416 (donde se hace referencia a la respuesta de Honduras a la pregunta 126 del Grupo Especial, página 38 y nota 148 a dicha página; a la segunda comunicación escrita de Honduras al Grupo Especial, párrafo 51 y nota 50 a dicho párrafo; y a la segunda comunicación escrita de Cuba al Grupo Especial, párrafo 155 y nota 56 a dicho párrafo)). El Grupo Especial observó asimismo que la República Dominicana hizo referencia al artículo 11 del CMCT y se basó en las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT. (Informe del Grupo Especial, nota 1272 al párrafo 7.416 (donde se hace referencia a las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 87 y nota 105 a dicho párrafo; y a las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 204 del Grupo Especial, párrafo 891 y nota 958 a dicho párrafo, y párrafo 897 y nota 973 a dicho párrafo)).

¹⁸¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.416 (donde se cita el CMCT (Pruebas documentales AUS-44, JE-19 presentadas al Grupo Especial), artículo 3).

7.2595. Recordamos que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT disponen que las Partes en el Convenio "deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes (empaquetado sencillo)". De manera análoga, las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT recomiendan que las Partes en el Convenio "consider[en] la posibilidad de adoptar requisitos para envasados sencillos con el fin de eliminar los efectos de la publicidad o la promoción en los envases". Las Directrices detallan las características normalizadas del empaquetado genérico en el sentido de que este no incluye más que el nombre comercial o del producto, sin logotipos ni otros rasgos distintivos y en un tipo y un tamaño de letra especificados.

7.2596. Tomamos nota de la referencia, en la Ley TPP y su Memorándum explicativo, a la intención de Australia de dar cumplimiento, mediante la adopción de las medidas TPP, a determinadas obligaciones asumidas en el marco del CMCT. A nuestro entender, el hecho de que Australia trate de alcanzar su objetivo de salud pública en consonancia con sus compromisos en virtud del CMCT, que "se elaboró en respuesta a la globalización de la epidemia de tabaquismo" y ha sido ratificado por 180 países, subraya también la importancia de las razones de salud pública por las que se aplican las exigencias especiales relacionadas con marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP.¹⁸¹⁴

6.704. En esta declaración, tras haber recordado el contenido de las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT, el Grupo Especial observó que "el hecho de que Australia trate de alcanzar su objetivo de salud pública en consonancia con sus compromisos en virtud del CMCT ... *subraya también*" "la importancia de las razones de salud pública" para la adopción de las medidas TPP.¹⁸¹⁵ Recordamos, a este respecto, que el Grupo Especial había establecido previamente que el objetivo perseguido por Australia a través de las medidas TPP era "mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁸¹⁶ Contrariamente a lo que aduce Honduras, no vemos que el Grupo Especial indicase que las Directrices del CMCT, en particular las relativas a los artículos 11 y 13, incluyen el compromiso de adoptar el TPP. Mas bien, el Grupo Especial reconoció explícitamente que las Directrices relativas al artículo 11 del CMCT disponen "que las Partes en el Convenio 'deberían considerar la posibilidad de adoptar' medidas TPP y que 'las Directrices relativas al artículo 13 del CMCT recomiendan que las Partes en el Convenio 'consider[en] la posibilidad de adoptar requisitos para envasados sencillos'".¹⁸¹⁷

6.705. Además, al llegar a su conclusión sobre si las razones para las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio establecidas en las medidas TPP apoyaban suficientemente las complicaciones resultantes, el Grupo Especial formuló la siguiente observación:

En definitiva, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que Australia ha actuado más allá de los márgenes de que dispone en virtud del artículo 20 para escoger una intervención de política adecuada para abordar sus preocupaciones en materia de salud pública en relación con los productos del tabaco, al imponer determinadas exigencias especiales previstas en las medidas TPP que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. ... Como se señala más arriba, el hecho de que las exigencias especiales, como parte de las medidas TPP globales y en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, puedan contribuir, y de hecho contribuyan, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes. Observamos asimismo que Australia, aunque ha sido el primer país en implementar el empaquetado genérico del tabaco, ha tratado de alcanzar su objetivo de salud pública interno obrando en

¹⁸¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2595-7.2596. (no se reproducen las notas de pie de página)

¹⁸¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2596. (sin resalte en el original)

¹⁸¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2586. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁸¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2595.

consonancia con las nacientes políticas multilaterales de salud pública en la esfera del control del tabaco reflejadas en el CMCT y la labor realizada bajo sus auspicios, incluidas las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT.¹⁸¹⁸

6.706. Observamos que, en la estructura del análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la anterior declaración figura en el penúltimo párrafo, antes de la constatación general del Grupo Especial de que los reclamantes no habían establecido la incompatibilidad de las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP. Además, señalamos que, en la estructura del párrafo en cuestión, la observación sobre las Directrices del CMCT figura en la última frase, después de la conclusión del Grupo Especial de que no estaba "persuadido[]" de que los reclamantes hayan demostrado que Australia ha actuado más allá de los márgenes de que dispone en virtud del artículo 20".¹⁸¹⁹ En esa frase, el Grupo Especial reconoce, como cuestión de hecho, que Australia fue el primer país en implementar el empaquetado genérico del tabaco, y que lo hizo "obrando en consonancia con las nacientes políticas multilaterales de salud pública en la esfera del control del tabaco reflejadas en el CMCT ...", incluidas las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT".¹⁸²⁰ Además, dicha observación viene introducida por la frase "[o]bservamos asimismo"¹⁸²¹, lo que indica que el Grupo Especial se basó en ella como otra confirmación de las constataciones que ya había formulado sobre la importancia del objetivo de Australia.

6.707. Habida cuenta de lo anterior, no estamos de acuerdo con Honduras en que el Grupo Especial atribuyera un peso jurídico indebido a las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT en su análisis, al basarse en esas disposiciones para justificar la imposición por Australia de las medidas TPP. A nuestro juicio, el Grupo Especial hizo referencia a las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT como apoyo fáctico adicional para su conclusión anterior de que los reclamantes no habían establecido que Australia actuara de manera incompatible con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.3.2.5 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD en su análisis de las prescripciones de las medidas TPP relativas a las barras de cigarrillos sueltas

6.708. La República Dominicana alega que el Grupo Especial no evaluó su alegación al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a la prohibición de todas las marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos sueltas y por lo tanto actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD.¹⁸²² Aduce que esa prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos es "sustancialmente diferente" de la prohibición relativa al empaquetado del tabaco y las barras de cigarros.¹⁸²³ A juicio de la República Dominicana, el Grupo Especial "no tuvo en cuenta en absoluto la situación de las barras de cigarrillos en el contexto de su análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC"¹⁸²⁴ a pesar de esta importante distinción y por consiguiente "prescindió de la alegación de la República Dominicana contra un elemento diferenciado de las medidas TPP".¹⁸²⁵ Por lo tanto, la República Dominicana nos solicita que revoquemos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC porque el Grupo Especial no hizo "ninguna evaluación"¹⁸²⁶

¹⁸¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁸¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁸²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁸²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2604.

¹⁸²² Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1545. La República Dominicana aduce que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y en su primera comunicación escrita al Grupo Especial, dejó suficientemente claro que el "asunto" en cuestión comprendía el aspecto de las barras de cigarrillos sueltas. (*Ibid.*, párrafos 1576-1578 (donde se hace referencia a la solicitud de grupo especial de la República Dominicana, páginas 2-3; y a la primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 648)).

¹⁸²³ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1569. La República Dominicana observa que el Grupo Especial evaluó la justificabilidad de las restricciones impuestas por las medidas TPP al uso de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado de los productos de tabaco y las barras de cigarros, y formuló constataciones al respecto. (*Ibid.*, párrafo 1543).

¹⁸²⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1569.

¹⁸²⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1543.

¹⁸²⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1582. (con resalte en el original)

de la parte del asunto relativa al aspecto de las barras de cigarrillos sueltas e infringió el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD a este respecto.

6.709. Australia responde que el Grupo Especial sí examinó la alegación de la República Dominicana concerniente a las barras de cigarrillos sueltas en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁸²⁷ Australia señala que el Grupo Especial formuló constataciones con respecto a las medidas TPP, que incluyen prohibiciones del uso de marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos sueltas.¹⁸²⁸ Australia también considera que el razonamiento del Grupo Especial abarca las prescripciones que afectan al aspecto del empaquetado para la venta al por menor y de los productos de tabaco.¹⁸²⁹

6.710. Recordamos que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, la República Dominicana afirmó que las medidas TPP establecen una reglamentación exhaustiva del aspecto y la forma del empaquetado de los productos de tabaco destinados al comercio minorista, así como de los propios productos de tabaco. Las medidas TPP, entre otras cosas, "establecen que los cigarrillos sueltos no pueden exhibir marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas ni ningún otro signo distinto de un código alfanumérico para la identificación del producto".¹⁸³⁰ Observamos, sin embargo, que en sus comunicaciones escritas al Grupo Especial la República Dominicana no formuló argumentos separados con respecto a la incompatibilidad con el artículo 20 de las prescripciones de las medidas TPP sobre el aspecto de las barras de cigarrillos.¹⁸³¹ Tampoco pidió que el Grupo Especial formulara constataciones separadas en relación con la cuestión de si este aspecto concreto de las medidas TPP es incompatible con el artículo 20. En cambio, la República Dominicana pidió al Grupo Especial que constatará que las propias medidas TPP son incompatibles con el artículo 20.¹⁸³²

6.711. En su examen de la naturaleza y el alcance de las complicaciones resultantes de las medidas TPP, el Grupo Especial recordó primero que las medidas TPP abarcan el empaquetado de los productos de tabaco para la venta al por menor y el aspecto de los propios productos de tabaco (incluidas las barras de cigarrillos sueltas y los cigarros (puros)).¹⁸³³ El Grupo Especial describió las prescripciones que se aplican a cada categoría de productos abarcada por las medidas TPP.¹⁸³⁴

¹⁸²⁷ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 256.

¹⁸²⁸ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 256.

¹⁸²⁹ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 257-263 y 270.

¹⁸³⁰ Solicitud de grupo especial de la República Dominicana, sección A, página 2. (con resalte en el original)

¹⁸³¹ Los argumentos de la República Dominicana se centraron en la falta de "pruebas" con respecto a la imposición de prohibiciones sobre todas las marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos (primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 43-44, 361, 648-649, 655, 659 y 869; y segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafos 204, 548-549 y 551-552). Observamos que, si bien la República Dominicana adujo que la prescripción relativa a las barras de cigarrillos es "formalmente distinta de las prescripciones de empaquetado" y que el Grupo Especial debería "examinar esta prescripción de manera separada de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio relativas al empaquetado", en nuestra opinión los argumentos de la República Dominicana en relación con las barras de cigarrillos no eran sustancialmente diferentes de sus argumentos relativos al empaquetado para la venta al por menor. (Segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 549). En cuanto a las barras de cigarrillos, la República Dominicana adujo que no había "base probatoria" con respecto a la prescripción relativa a las barras de cigarrillos, que los mecanismos por los cuales está previsto que las medidas [T]PP contribuyan al objetivo de Australia no se aplican a las barras de cigarrillos y que, incluso aunque se aplicaran, las pruebas indican que las medidas TPP no han hecho tal contribución. (*Ibid.*, párrafos 549-554). A nuestro juicio, esos argumentos son idénticos a los argumentos de la República Dominicana de que las prescripciones de empaquetado genérico no eran "justificables" sobre la base de que "las predicciones de Australia sobre la repercusión prevista de las medidas TPP eran erróneas", de que "el marco conceptual de Australia se sustenta en ideas erróneas fundamentales sobre la teoría del comportamiento" y de que las pruebas demostraban que "las medidas TPP ni siquiera han cambiado los antecedentes de comportamiento postulados por Australia, que constituyen el fundamento de su argumentación de que la medida cambiará la conducta tabáquica en el futuro". (*Ibid.*, párrafos 312-313 y 378).

¹⁸³² Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 1032; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana al Grupo Especial, párrafo 1012.

¹⁸³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2556.

¹⁸³⁴ El Grupo Especial observó que, con respecto al empaquetado para la venta al por menor, las medidas TPP "permiten utilizar marcas verbales que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, siempre que esas marcas de fábrica o de comercio figuren en la forma prescrita por el Reglamento TPP, pero prohíben el uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas". En cuanto a los cigarros (puros), el Grupo Especial observó que las medidas TPP "permiten el uso de marcas de fábrica o de comercio que designen el nombre de la marca, el

En particular, el Grupo Especial observó que "[e]n lo que respecta a los productos de tabaco, las medidas TPP prohíben el uso de cualquier marca de fábrica o de comercio en los cigarrillos".¹⁸³⁵ Esto da a entender que, al comienzo de su análisis, el Grupo Especial indicó que su indagación comprendería las prescripciones de las medidas TPP con respecto al empaquetado de los productos de tabaco y los propios productos de tabaco, es decir, los cigarrillos y las barras de cigarrillos.

6.712. En su análisis posterior, el Grupo Especial se centró en la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio figurativas, así como de los elementos figurativos y estilizados de marcas compuestas y verbales. El Grupo Especial calificó las prohibiciones previstas en las medidas TPP como "de gran alcance" y subrayó que las medidas TPP "impiden que cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio pertinentes" aparezcan en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco.¹⁸³⁶ Al mismo tiempo, el Grupo Especial observó que "las medidas TPP permiten a las empresas utilizar marcas verbales que designen el nombre de la marca, el nombre comercial o la razón social o el nombre de la variante del producto en el empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco a fin de distinguir sus productos de tabaco de los de otras empresas".¹⁸³⁷ El Grupo Especial declaró que los reclamantes no habían "tratado de demostrar que de hecho los consumidores no han podido distinguir la *fuentes* comercial de los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas (es decir, la identidad de la fuente o fabricante del producto) como consecuencia de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio".¹⁸³⁸ En su resumen de la alegación de los reclamantes, el Grupo Especial añadió que "aducen que la eliminación de elementos figurativos ha menoscabado la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para dar a conocer a los consumidores la calidad, las características y la reputación de los distintos productos de tabaco".¹⁸³⁹

6.713. En su razonamiento, el Grupo Especial se centró después en el "papel que desempeñan ... los colores y otras características de diseño, cuyo uso está prohibido por las medidas TPP", recordando que "las medidas TPP impiden que los titulares de marcas de fábrica o de comercio usen esas características de las marcas en el mercado como un medio de promoción y diferenciación del producto".¹⁸⁴⁰ El Grupo Especial consideró, no obstante, que esas prohibiciones se veían "en parte mitigadas por el hecho de que las medidas TPP permit[ían] a los fabricantes de tabaco utilizar marcas verbales".¹⁸⁴¹ A continuación, el Grupo Especial analizó el efecto de las medidas TPP en la capacidad de los titulares de marcas de fábrica o de comercio para obtener valor económico de sus marcas.¹⁸⁴²

6.714. En su conclusión definitiva sobre la compatibilidad de las medidas TPP con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial afirmó que "los reclamantes no han demostrado que las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP compliquen injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁸⁴³

6.715. Tras haber examinado las partes pertinentes del análisis del Grupo Especial, observamos que, al comienzo de la sección que abordaba la naturaleza y el alcance de las complicaciones en cuestión, en su resumen de las prescripciones de las medidas TPP, el Grupo Especial indicó que su indagación abarcaría las prescripciones de las medidas TPP relativas, entre otras cosas, al aspecto de las barras de cigarrillos sueltas.¹⁸⁴⁴ Recordamos nuestra interpretación, enunciada *supra*, de que, en su análisis, el Grupo Especial examinó conjuntamente los elementos permisivos y prohibitivos de las medidas TPP y llegó a su conclusión de que las complicaciones en cuestión eran "de gran alcance"¹⁸⁴⁵, teniendo en cuenta tanto los aspectos permisivos como los prohibitivos de las

nombre comercial o la razón social, o el nombre de la variante del producto, así como el país de origen, siempre que esas marcas de fábrica o de comercio se presenten en la forma prescrita por el Reglamento TPP". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2556). (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁸³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2556. Recordamos que, si bien está prohibido que cualquier marca de fábrica o de comercio aparezca en barras de cigarrillos sueltas, los cigarrillos podrán estar marcados con un código alfanumérico, que solo podrá aparecer una vez. (*Ibid.*, párrafo 2.34).

¹⁸³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2558.

¹⁸³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564.

¹⁸³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564. (con resalte en el original)

¹⁸³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564.

¹⁸⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2567.

¹⁸⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570.

¹⁸⁴² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2571-7.2573.

¹⁸⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2605.

¹⁸⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2556.

¹⁸⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2557 y 7.2569.

medidas TPP. Además, nos parece que el Grupo Especial examinó la compatibilidad de las medidas TPP con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC en su conjunto, sin diferenciar entre las particularidades de su aplicación al empaquetado del tabaco y los productos de tabaco.

6.716. Recordamos, a este respecto, que, en nuestra opinión, el Grupo Especial caracterizó las complicaciones impuestas por las medidas TPP como "de gran alcance" (en lugar de constituir, por ejemplo, un grado sumo de complicación) porque, a pesar de la prohibición del uso de marcas figurativas en los productos de tabaco y el empaquetado del tabaco y de todas las marcas en las barras de cigarrillos, las medidas TPP permitían el uso de marcas verbales en el empaquetado del tabaco y los cigarrillos. Además, consideramos que el hecho de que el Grupo Especial hiciera hincapié en que las medidas TPP prohíben el uso de marcas no verbales puede explicarse por los argumentos planteados por los reclamantes ante el Grupo Especial. A este respecto, observamos que, al resumir los argumentos de los reclamantes, el Grupo Especial afirmó que "adu[jeron] que la eliminación de elementos figurativos ha menoscabado la capacidad de las marcas de fábrica o de comercio para dar a conocer a los consumidores la calidad, las características y la reputación de los distintos productos de tabaco".¹⁸⁴⁶ Además, como se ha indicado antes, no parece que los reclamantes hayan formulado argumentos separados de incompatibilidad con el artículo 20 con respecto a las prescripciones de las medidas TPP para las barras de cigarrillos.

6.717. Por último, señalamos que el Grupo Especial llegó a sus conclusiones en el marco del artículo 20 con respecto a las medidas TPP en su conjunto. El Grupo Especial constató que "los reclamantes no han demostrado que las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP compliquen injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁸⁴⁷ A nuestro juicio, esta conclusión abarca las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP en su aplicación al empaquetado de los productos de tabaco y a los propios productos de tabaco, incluidas las barras de cigarrillos.

6.718. Habida cuenta de lo anterior, no consideramos que el Grupo Especial no abordase la alegación de la República Dominicana de que las prescripciones de las medidas TPP relativas a las barras de cigarrillos sueltas, que prohíben el uso de cualquier marca de fábrica o de comercio en los cigarrillos, son incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente, rechazamos la alegación formulada por la República Dominicana al amparo del párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD.

6.3.2.6 Conclusión

6.719. Habida cuenta de lo anterior, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación, en el párrafo 7.2430 de su informe, del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, ni en su aplicación de esa interpretación a los hechos de la presente diferencia. Por consiguiente, confirmamos la constatación formulada por el Grupo Especial de que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁸⁴⁸

7 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

7.1. Por las razones expuestas en los presentes informes, el Órgano de Apelación formula las constataciones y conclusiones siguientes:

7.1 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.2. Con respecto a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, hemos constatado que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en los párrafos 7.1025 y 7.1043 de su informe, que:

7.1025. En definitiva ... los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud

¹⁸⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2564.

¹⁸⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2605.

¹⁸⁴⁸ Informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.2606 y 8.1.e; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.2606 y 8.1.b.iv.

pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

...

7.1043. Tomadas en su conjunto, por consiguiente, consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁸⁴⁹

7.3. Con respecto a la restrictividad del comercio de las medidas TPP, constatamos que los apelantes no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al constatar, en el párrafo 7.1255 de su informe, que:

[L]as medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto, al reducir el uso de productos de tabaco, reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano y, por lo tanto, tienen un "efecto limitativo" en el comercio. Concluimos asimismo que, si bien es plausible que las medidas puedan también, con el tiempo, afectar al valor general de las importaciones de tabaco, las pruebas que tenemos ante nosotros no muestran que eso haya ocurrido hasta la fecha. Además, no estamos convencidos de que los reclamantes hayan demostrado que las medidas TPP impongan condiciones a la venta de productos de tabaco en Australia o costos de cumplimiento de tal magnitud que equivaldrían a un efecto limitativo en el comercio.¹⁸⁵⁰

7.4. Con respecto a las medidas alternativas, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que cada una de las dos medidas alternativas sería adecuada para hacer una contribución equivalente a la de las medidas TPP.¹⁸⁵¹ Concretamente, en tanto en cuanto el Grupo Especial indicó que cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado de reducción general "significativa" del consumo de tabaco en Australia similar o comparable al de las medidas TPP, y sin embargo su contribución no sería equivalente debido a que no aborda las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP en el contexto de la política más amplia de control del tabaco de Australia, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2.

7.5. Al mismo tiempo, hemos constatado que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que esas dos medidas alternativas restrinjan el comercio menos que las medidas TPP.¹⁸⁵² Por consiguiente, aunque hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la equivalencia de la contribución de cada medida alternativa, las constataciones formuladas por el Grupo Especial, en los párrafos 7.1471 y 7.1545 de su informe, de que los reclamantes no habían demostrado que el aumento de la EMCL y el aumento de la tributación serían cada uno "una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia", siguen siendo válidas.

¹⁸⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025 y 7.1043.

¹⁸⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1255.

¹⁸⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1464 y 7.1531.

¹⁸⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1417 y 7.1495.

7.6. Por las razones expuestas, confirmamos la conclusión formulada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.1732 de su informe, de que:

[L]os reclamantes no han demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁸⁵³

7.2 Párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.7. El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC otorga al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho exclusivo de impedir que terceros no autorizados utilicen, en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca. El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada puede ejercer su "derecho exclusivo" frente a un tercero no autorizado pero no frente al Miembro de la OMC en cuyo territorio la marca esté protegida. Ni el Acuerdo sobre los ADPIC ni las disposiciones del Convenio de París (1967) incorporadas por referencia en el Acuerdo sobre los ADPIC confieren al titular de una marca de fábrica o de comercio un derecho positivo a hacer uso de su marca ni un derecho a proteger el carácter distintivo de esa marca mediante su uso. Por consiguiente, los Miembros no tienen la obligación correspondiente de aplicar tales "derechos". En cambio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados. Por lo tanto, a efectos de la solución de diferencias en el marco de la OMC, para establecer que un Miembro de la OMC ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16, el Miembro reclamante debe demostrar que, de conformidad con el régimen jurídico nacional del Miembro demandado, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada no puede ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados.

7.8. Por las razones expuestas, concluimos que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación al constatar, en los párrafos 7.1978, 7.1980 y 7.2031 de su informe, que:

7.1978. Teniendo presente el sentido corriente del texto y en consonancia con resoluciones anteriores, estamos de acuerdo con las partes en que el párrafo 1 del artículo 16 no establece un derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio a hacer uso de su marca registrada. Más bien, el párrafo 1 del artículo 16 se limita a prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada a impedir determinadas actividades por terceros no autorizados en las condiciones establecidas en la primera frase de ese párrafo.

7.1980. [P]ara probar que las medidas TPP infringen la obligación contraída por Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana, el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición.

7.2031. [C]oncluimos, en consecuencia, que la posibilidad de que se produzcan menos casos de "probabilidad de confusión" en el mercado no constituye, por sí misma, una infracción del párrafo 1 del artículo 16, porque el cumplimiento por los Miembros de la obligación de otorgar el derecho de impedir infracciones de marcas de fábrica o de comercio que prevé el párrafo 1 del artículo 16 es independiente de si tales infracciones se producen realmente en el mercado. El párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros se abstengan de medidas reglamentarias que puedan afectar a la capacidad de mantener el carácter distintivo de las diferentes marcas de fábrica o de comercio ni

¹⁸⁵³ Véanse también el informe del Grupo Especial (DS435), párrafo 8.1.a; y el informe del Grupo Especial (DS441), párrafo 8.1.b.i.

que concedan una "oportunidad mínima" de usar una marca de fábrica o de comercio para proteger ese carácter distintivo.¹⁸⁵⁴

7.9. Al no haber constatado ningún error en la interpretación hecha por el Grupo Especial, estamos de acuerdo con este en que "no [era] necesario seguir examinando la alegación fáctica de los reclamantes de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco reducirá de hecho el carácter distintivo de tales marcas, y conducirá a una situación en la que es menos probable que surja una 'probabilidad de confusión' en el mercado con respecto a esas marcas de fábrica o de comercio".¹⁸⁵⁵ Las alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16 y no hizo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD están condicionadas a que revoquemos la interpretación hecha por el Grupo Especial. La condición en que se basa la apelación de Honduras, a saber, la revocación de la interpretación hecha por el Grupo Especial, no se ha cumplido. Por consiguiente, hemos constatado que no es necesario que abordemos las restantes alegaciones de error formuladas por Honduras.

7.10. Habida cuenta de lo que antecede, confirmamos la conclusión formulada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.2051 de su informe, de que "los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁸⁵⁶

7.3 Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

7.11. El sentido corriente del término "injustificablemente", leído en el contexto de otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, indica que en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC los Miembros gozan de cierto grado de discrecionalidad al imponer complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio.¹⁸⁵⁷ Para establecer que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se está complicando injustificablemente con exigencias especiales, el reclamante debe demostrar que un objetivo de política perseguido por un Miembro que impone exigencias especiales no apoya suficientemente las complicaciones resultantes de esas exigencias. Tal demostración podría incluir una consideración de: i) la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales; ii) las razones de la imposición de exigencias especiales; y iii) una demostración del modo en que las razones de la imposición de exigencias especiales apoyan las complicaciones resultantes.¹⁸⁵⁸ Además, si bien, en las circunstancias de un caso específico, la existencia de una medida alternativa que conlleve un grado menor de complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio podría emplearse como consideración al evaluar la justificabilidad de las exigencias especiales y las complicaciones del uso de una marca de fábrica o de comercio conexas, tal examen no es una indagación necesaria en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

7.12. Estimamos por tanto que el Grupo Especial no incurrió en error en la interpretación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC al declarar, en el párrafo 7.2430 de su informe, que:

[U]na determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo "injustificablemente" complicado por exigencias especiales debe conllevar una consideración de los siguientes factores:

- a. la naturaleza y magnitud de la complicación resultante de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en

¹⁸⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1978, 7.1980 y 7.2031. (no se reproducen las notas de pie de página)

¹⁸⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2032.

¹⁸⁵⁶ Informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.2051 y 8.1.d; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.2051 y 8.1.b.iii.

¹⁸⁵⁷ El grado de discrecionalidad reflejado mediante el término "injustificablemente" en el artículo 20 es mayor de lo que habría sido si en esta disposición se hubiese empleado el término que refleja la idea de "necesidad".

¹⁸⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2430.

utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales, permitiendo así que la marca cumpla su función prevista;

- b. las razones por las que se aplican las exigencias especiales, incluidos cualesquiera intereses sociales que tengan por objeto salvaguardar; y
- c. si esas razones proporcionan un apoyo suficiente para la complicación resultante.¹⁸⁵⁹

7.13. Constatamos también que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación de esta interpretación a los hechos de la presente diferencia. Por consiguiente, confirmamos la conclusión formulada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.2606 de su informe, de que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁸⁶⁰

7.4 Recomendación

7.14. El Grupo Especial rechazó las alegaciones de los reclamantes y constató que Honduras y la República Dominicana no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados en cuestión. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial rechazó las solicitudes de Honduras y la República Dominicana de que el Grupo Especial recomendara, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD pidiera a Australia que pusiera las medidas en litigio en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.

7.15. Al haber confirmado las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, se sigue que también estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que Honduras y la República Dominicana no han logrado demostrar que las medidas TPP de Australia sean incompatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados en cuestión. Por consiguiente, no formulamos ninguna recomendación al OSD, en el marco del párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

Firmado en el original en Ginebra el 31 de marzo de 2020 por:

Shree B. C. Servansing
Presidente de la Sección

Ujal Singh Bhatia
Miembro

Thomas R. Graham
Miembro

¹⁸⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2430. Señalamos, al mismo tiempo, que, en el párrafo 7.2430 de su informe, el Grupo Especial empleó (en la versión inglesa) el auxiliar "*should*" al presentar los factores pertinentes para el examen de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificablemente con exigencias especiales. Queremos aclarar que, si bien una indagación en el marco del artículo 20 podría incluir la consideración de los factores mencionados *supra*, el grado de discrecionalidad conferido a los Miembros en virtud del artículo 20 no exige un conjunto rígido y preciso de consideraciones pertinentes para el examen de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se complica injustificablemente con exigencias especiales.

¹⁸⁶⁰ Informe del Grupo Especial (DS435), párrafos 7.2606 y 8.1.e; e informe del Grupo Especial (DS441), párrafos 7.2606 y 8.1.b.iv.