

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS406/AB/R
4 de abril de 2012

(12-1741)

Original: inglés

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

AB-2012-1

Informe del Órgano de Apelación

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

**Estados Unidos - Medidas que afectan a la
producción y venta de cigarrillos de clavo de
olor**

Estados Unidos, *Apelante*
Indonesia, *Apelado*

Brasil, *Tercero participante*
Colombia, *Tercero participante*
Guatemala, *Tercero participante*
México, *Tercero participante*
Noruega, *Tercero participante*
República Dominicana, *Tercero participante*
Turquía, *Tercero participante*
Unión Europea, *Tercero participante*

AB-2012-1

Actuantes:

Oshima, Presidente de la Sección
Ramírez-Hernández, Miembro
Van den Bossche, Miembro

IV. Antecedentes

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

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

... un cigarrillo o cualquiera de sus partes componentes (incluidos el tabaco, el filtro o el papel) no contendrán, como elemento constitutivo ... o aditivo, un aroma artificial o natural (que no sea tabaco o mentol) o una hierba o especia, con inclusión de las fresas, las uvas, las naranjas, los clavos de olor, la canela, la piña, la vainilla, el coco, el regaliz, el cacao, el chocolate, la cereza o el café, que sea un aroma característico del producto de tabaco o el humo de tabaco".

79. El objetivo específico del artículo 907(a)(1)(A) no se indica en la propia FSPTCA. Sin embargo, en un informe preparado por el Comité de Energía y Comercio de la Cámara²⁴³ (el "informe de la Cámara") se enuncian los objetivos de la FSPTCA en general y del artículo 907(a)(1)(A) en particular. Según el informe de la Cámara, "[l]os objetivos de [la FSPTCA] son otorgar al Secretario las debidas facultades sobre los productos de tabaco con objeto de proteger la salud pública y reducir el número de personas de menos de 18 años de edad que consumen productos de tabaco."²⁴⁴ En él se explica también la finalidad del artículo 907(a)(1)(A) de la siguiente forma:

En consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, el artículo 907(a)(1)(A)

²³⁹ *Supra*, nota 2.

²⁴⁰ *Supra*, nota 3.

²⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.4.

²⁴² Informe del Grupo Especial. Párrafo 2.5 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Indonesia, nota 1 al párrafo 1).

²⁴³ H.R. Rep. N° 111.58, Pt. I (2009) (Prueba documental 2 presentada por Indonesia al Grupo Especial y Prueba documental 67 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial).

²⁴⁴ Informe de la Cámara, página 14.

tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes.²⁴⁵

80. Según las Orientaciones para la rama de producción y el personal de la FDA²⁴⁶ ("Orientaciones de la FDA"), el artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a todos los productos aromatizados con tabaco²⁴⁷ que responden a la siguiente definición de "cigarrillo" del artículo 3(1) de la Ley Federal sobre Etiquetado y Publicidad de Cigarrillos²⁴⁸: "(A) cualquier rollo de tabaco envuelto en papel o en cualquier sustancia que no contenga tabaco" y "(B) cualquier rollo de tabaco envuelto en cualquier sustancia que contenga tabaco que debido a su apariencia, al tipo de tabaco utilizado en el relleno, o a su embalaje y etiquetado, es probable que se ofrezca a los consumidores o sea comprado por éstos como un cigarrillo descrito en el apartado (A)".²⁴⁹ La prohibición establecida en el artículo 907(a)(1)(A) es también aplicable al tabaco suelto y a los papeles de liar y los filtros aromatizados destinados al uso en cigarrillos "para liar".²⁵⁰

81. El Grupo Especial identificó los productos en litigio en la presente diferencia como los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados.²⁵¹ Los cigarrillos de clavo de olor están compuestos por tabaco combinado con aditivos aromatizantes, que se ofrecen al consumidor en un envoltorio de papel con un filtro.²⁵² En concreto, los cigarrillos de clavo de olor se fabrican generalmente con un contenido del 60 al 80 por ciento de tabaco, y contienen normalmente una mezcla de distintos tipos de tabaco.²⁵³ Por lo que respecta a los aditivos, los cigarrillos de clavo de

²⁴⁵ Informe de la Cámara, página 37.

²⁴⁶ "Preguntas y respuestas generales sobre la prohibición de cigarrillos que contienen aromas característicos (segunda edición)", 23 de diciembre de 2009 (Prueba documental 41 presentada por Indonesia al Grupo Especial).

²⁴⁷ El Grupo Especial señaló que al referirse a los cigarrillos *que no tienen aromas característicos*, las partes utilizaban a menudo los términos cigarrillos "ordinarios" y "aromatizados con tabaco" de manera intercambiable, y constató que esa ambigüedad "p[odría] causar confusión". Destacó que aludir a cigarrillos aromatizados con tabaco podía llevar al lector a creer que cigarrillos como los aromatizados con clavo de olor o los aromatizados con mentol no contienen tabaco. De hecho, *todos* los cigarrillos contienen tabaco, pero los cigarrillos "aromatizados" como los mentolados, los kreteks, los bidis, etc. contienen también un aditivo que imparte un aroma característico a los cigarrillos. Por consiguiente, el Grupo Especial decidió utilizar el término cigarrillos "ordinarios", y no cigarrillos "aromatizados con tabaco", porque es el que mejor describe el hecho de que esos cigarrillos no incluyen aromas característicos *adicionales*. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.131)

²⁴⁸ *United States Code*, título 15, capítulo 36.

²⁴⁹ Orientaciones de la FDA, respuesta a la pregunta 2.

²⁵⁰ Orientaciones de la FDA, respuestas a las preguntas 3 y 4.

²⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.147.

²⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.157 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 54, y a la segunda comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 67).

²⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.158 (donde se hace referencia a S. Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes" (agosto de 2003) 18(2) *National Institute on Drug Abuse (NIDA) Notes* (Prueba documental 29 presentada por Indonesia al Grupo Especial), a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 163 y a las respuestas de Indonesia y de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Grupo Especial).

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

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

²⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.159.

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

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

²⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.162.

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

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

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

²⁶¹ Disponible en <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

²⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.166.

²⁶³ Las diversas formas en que se añade el mentol a los cigarrillos son las siguientes: a) rociando el tabaco cortado durante la mezcla; b) aplicándolo a la envoltura de papel metálico; c) inyectándolo en la corriente de tabaco; d) inyectándolo en el filtro; e) insertando una cápsula aplastable en el filtro;

aplicación.²⁶⁴ Según el informe de marzo de 2011 del TPSAC, el mentol se añade a los cigarrillos tanto como un aroma característico como por otras razones relacionadas con el sabor, entre ellas el fortalecimiento del aroma de mezclas de tabaco y/o la suavización del gusto de la mezcla. El mentol representa aproximadamente el 1 por ciento del contenido del cigarrillo, aunque la cantidad concreta varía en función de la marca.²⁶⁵ Además, el mentol puede tener propiedades refrescantes, analgésicas o irritantes, y se ha comunicado que reduce la sensibilidad a productos químicos nocivos, entre ellos la nicotina.²⁶⁶

83. En el presente informe examinaremos en primer lugar la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Nos ocuparemos seguidamente de la alegación de ese país de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con ese párrafo al dar a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales. Por último, examinaremos la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató que, al no prever un período no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)A), los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

V. Párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

A. Introducción

84. El Grupo Especial constató que el artículo 907(a)(1)A) de la FFDCA es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* y que es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados similares de origen nacional.²⁶⁷ En concreto, constató que "los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son 'productos similares' a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*"²⁶⁸ y que "al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y eximir al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición ... el artículo 907(a)(1)A) ... efectivamente ... da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato

f) introduciendo un hilo de mentol en el filtro; o g) cualquier combinación de las anteriores. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.167)

²⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.167.

²⁶⁵ Según Indonesia, el contenido de mentol puede llegar al 3 por ciento. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.169 (donde se hace referencia a la respuesta de Indonesia a la pregunta 32 del Grupo Especial))

²⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.168 (donde se hace referencia al informe de marzo de 2011 del TPSAC, páginas 18-20 y 22).

²⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.293, 8.1 a) y 8.1 b).

²⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.248.

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

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

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

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

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

²⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.292.

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

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

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

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

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

91. Aunque cabe interpretar que este considerando indica que el *Acuerdo OTC* es un "desarrollo" o un "paso adelante" de las disciplinas del GATT de 1994²⁷¹, de él se desprende también, a nuestro juicio, que los dos Acuerdos tienen un ámbito de aplicación parcialmente coincidente y objetivos similares. De no ser así, el *Acuerdo OTC* no podría servir para "promover la realización de los objetivos" del GATT de 1994. El segundo considerando indica que el *Acuerdo OTC* desarrolla disciplinas preexistentes del GATT y pone de relieve que ambos acuerdos deben interpretarse de forma coherente y armónica.

92. El quinto considerando refleja el objetivo de liberalización del comercio del *Acuerdo OTC* al expresar el "deseo" de que los reglamentos técnicos, las normas técnicas y los procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. En él se señala:

Deseando, sin embargo, asegurar que los reglamentos técnicos y normas, incluidos los requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado, y los procedimientos de evaluación de la conformidad con los reglamentos técnicos y las normas, no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional.

93. Estimamos que el quinto considerando tiene su reflejo en las disposiciones del *Acuerdo OTC* que están dirigidas a reducir los obstáculos al comercio internacional y que limitan el derecho de los

Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.21 y 7.41).

²⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.112.

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

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

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

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

96. El equilibrio que se establece en el preámbulo del *Acuerdo OTC* entre el deseo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional, de un lado, y el reconocimiento del derecho de los Miembros a reglamentar, de otro, no es en principio diferente del equilibrio establecido

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

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

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

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

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

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

²⁷² La segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 dice lo siguiente: "También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas."

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

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

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

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

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

²⁷³ Recordamos que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que los términos utilizados en una disposición deben "interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición" y que el sentido atribuido a los mismos términos en otras disposiciones del mismo acuerdo o en otros acuerdos abarcados puede constituir también un contexto pertinente. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 88 y 89)

²⁷⁴ Al establecer su enfoque con respecto a la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial consideró que "[a]un en el caso de que se considerara que el GATT de 1994 sirve como contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no sería como contexto inmediato de esa disposición" y que "un intérprete debe evaluar el contexto inmediato de la disposición objeto de interpretación antes de buscar una ayuda interpretativa menos cercana". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.103)

el artículo 11 del ESD en su evaluación de los gustos y hábitos de los consumidores. Los Estados Unidos no apelan contra las constataciones del Grupo Especial relativas a las características físicas y la clasificación arancelaria de los productos.

1. La expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

104. El Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁷⁵ El Grupo Especial llegó a esta conclusión después de evaluar los criterios de "similitud" tradicionales (características físicas, usos finales, gustos y hábitos de los consumidores y clasificación arancelaria), "teniendo en cuenta que la medida en litigio es un reglamento técnico con la finalidad inmediata de regular los cigarrillos que tienen un aroma característico con miras a alcanzar el objetivo legítimo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes".²⁷⁶ Antes de abordar la apelación de los Estados Unidos contra las constataciones específicas del Grupo Especial con respecto a los criterios de "similitud" de los usos finales y los gustos y hábitos de los consumidores, examinamos el enfoque adoptado por el Grupo Especial para interpretar la expresión "productos similares" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

105. El Grupo Especial consideró que "no está ni mucho menos claro que siempre sea adecuado transponer automáticamente el planteamiento sobre la similitud basado en la competencia, con arreglo al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*" en ausencia de un principio general como el que figura en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994.²⁷⁷ Señaló además que, a pesar de la semejanza de los textos, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 difieren en cuanto que el primero sólo es aplicable a los reglamentos técnicos, mientras que el segundo es aplicable a una gama de medidas mucho más amplia.²⁷⁸ El Grupo Especial declaró que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no podía considerarse contexto inmediato del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y señaló que la referencia del Órgano de Apelación a un "acordeón" de "similaridad" permite, y posiblemente requiere, interpretaciones distintas de la expresión "productos similares" en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁷⁹

²⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.248.

²⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.244.

²⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.99.

²⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.106.

²⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.105.

106. El Grupo Especial se ocupó a continuación de lo que a su juicio constituía el contexto inmediato de la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, es decir el propio párrafo 1 del artículo 2 y el *Acuerdo OTC* en su conjunto, así como del objeto y fin de ese Acuerdo declarados en su preámbulo. El Grupo Especial consideró que el hecho de que el artículo 907 (a)(1)(A) de la FFDCA sea un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* y tenga por finalidad inmediata la reglamentación de cigarrillos con aromas característicos con el fin de alcanzar el objetivo legítimo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes "debería tener alguna importancia, y posiblemente mucha importancia", para determinar si los productos en cuestión son similares.²⁸⁰ Señaló también que el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC*, que reconoce el derecho de los Miembros a adoptar medidas para alcanzar objetivos legítimos, y el párrafo 2 del artículo 2 podrían justificar una interpretación de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* distinta de la desarrollada en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²⁸¹

107. En consecuencia, el Grupo Especial consideró que, en las circunstancias de este caso, la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no debía abordarse principalmente desde una perspectiva orientada a la competencia, sino que la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de "similitud" debía estar influida por el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico que tiene por finalidad inmediata la reglamentación de los cigarrillos con aromas característicos por motivos de salud pública.²⁸² Después de desarrollar ese enfoque interpretativo, el Grupo Especial procedió a analizar los criterios de "similitud" tradicionales, es decir, las características físicas de los productos, sus usos finales, los gustos y hábitos de los consumidores y la clasificación arancelaria. El Grupo Especial atribuyó especial importancia al objetivo de salud del artículo 907(a)(1)(A) en su evaluación de las características físicas de los productos y de los gustos y hábitos de los consumidores.²⁸³

108. Coincidimos con el Grupo Especial en que la interpretación de la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe partir del texto de esa disposición teniendo en cuenta el contexto proporcionado por el propio párrafo 1 del artículo 2, por las demás disposiciones del *Acuerdo OTC* y por el *Acuerdo OTC* en su conjunto. Coincidimos también en que el hecho de que el párrafo 1 del artículo 2 sea aplicable a los reglamentos técnicos, que son documentos en los que se establecen las características de los productos, forma parte del contexto pertinente. Observamos además que el preámbulo del *Acuerdo OTC* reconoce el derecho de los

²⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.109.

²⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.114.

²⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.119.

²⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.119.

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

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

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

²⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.99.

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

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

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

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

112. Habida cuenta de lo anterior, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el texto y el contexto del *Acuerdo OTC* respalden una interpretación del concepto de "similitud" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que atienda fundamentalmente a los objetivos legítimos y las finalidades del reglamento técnico y no a la relación de competencia entre dos o más productos.

113. Observamos además que con frecuencia las medidas responden a varios objetivos, que no siempre pueden discernirse fácilmente del texto ni incluso del diseño, arquitectura y estructura de la medida. La determinación de la similitud sobre la base de los objetivos normativos de la medida, y no de la relación de competencia entre los productos, exigiría la identificación de todos los objetivos pertinentes de una medida y la evaluación de cuáles de esos objetivos son pertinentes o deben prevalecer al determinar si los productos son similares. Consideramos que no siempre resultaría posible a un reclamante o a un grupo especial identificar todos los objetivos de una medida y/o determinar cuáles de esos diversos objetivos son pertinentes para determinar si dos productos son o no similares.²⁸⁸

114. La apelación de los Estados Unidos contra la determinación del Grupo Especial relativa a los gustos y hábitos de los consumidores, que examinamos más adelante, pone de relieve las dificultades

²⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99 (las cursivas figuran en el original).

²⁸⁸ Véase el informe del Grupo Especial, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, párrafo 6.16.

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

115. Las medidas, por ejemplo los reglamentos técnicos, pueden tener varios objetivos. A pesar de ello, el grupo especial al que se haya encomendado la tarea de determinar si dos productos son similares tal vez no pueda llegar a un resultado coherente si, al determinar la similitud, tiene que basarse en varios objetivos normativos posibles de la medida. Si un grupo especial tiene que centrarse en uno de los objetivos de una medida excluyendo todos los demás que tienen la misma importancia, puede llegar a un resultado de alguna forma arbitrario al determinar cuáles son los productos similares en litigio, lo que a su vez tiene consecuencias para la determinación de si se ha otorgado un trato menos favorable. Además, destacamos que un planteamiento basado en la finalidad de la determinación de similitud no deja necesariamente mayor autonomía reglamentaria a los Miembros, ya que casi siempre coloca a los grupos especiales en la situación de tener que determinar cuáles de los diversos objetivos supuestamente perseguidos por los Miembros tienen más importancia, o cuáles de ellos deben prevalecer al determinar la existencia de similitud o de un trato menos favorable en caso de objetivos en conflicto.

116. Pero más importante aún es el hecho de que a nuestro juicio el concepto de "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no se presta a distinciones entre productos basadas en los objetivos normativos de una medida. A nuestro parecer, el concepto de "productos similares" sirve para definir los productos que deben compararse para establecer si se otorga un trato menos favorable a los productos importados. Si en función de los fines normativos de una medida se excluyera del grupo de los productos similares a productos que están en una relación de competencia lo suficientemente fuerte para ser considerados tales, esos productos no entrarían en la comparación para determinar si se ha otorgado a los productos importados un trato menos favorable, lo que distorsionaría inevitablemente la comparación en cuestión, ya que ésta se referiría a un "mercado" que

²⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.119.

²⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 60.

²⁹¹ Los Estados Unidos citan "posibles factores de salud pública compensatorios" asociados a la prohibición de los cigarrillos consumidos en gran escala, como el "posible aumento de los cigarrillos en el mercado negro no regulado o de la presión sobre el sistema de atención sanitaria". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 61)

incluiría algunos productos similares pero no otros. Como exponemos más adelante con respecto a la apelación de los Estados Unidos contra la constatación del Grupo Especial relativa al trato menos favorable, es más fácil establecer distinciones entre productos que se ha constatado que son similares al examinar, posteriormente, si se ha otorgado un trato menos favorable que al determinar la similitud, porque esa última forma de proceder alteraría el alcance y el resultado de la comparación a los efectos del trato menos favorable.

117. Sin embargo, al concluir que la determinación de la similitud no debe basarse en los fines normativos de los reglamentos técnicos, no pretendemos que las preocupaciones normativas a que responden esos reglamentos no puedan desempeñar ninguna función en la determinación de si los productos son o no similares. A este respecto, recordamos que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que las preocupaciones y consideraciones normativas pueden cumplir una función en la aplicación de algunos de los criterios de "similitud" (características físicas y preferencias de los consumidores) y por ende en la determinación de la similitud en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

118. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que, al examinar si los productos son similares, los grupos especiales deben evaluar todas las pruebas pertinentes, incluidas las relativas a los riesgos que entraña un producto para la salud y que son la causa de la preocupación a que responde la medida impugnada en esa diferencia. El Órgano de Apelación constató que esas pruebas no debían examinarse como un criterio separado, sino en el marco de los criterios de "similitud" tradicionales. En particular, declaró que los riesgos que entraña un producto para la salud son pertinentes a la determinación de la relación de competencia entre productos y analizó los riesgos para la salud como parte de las características físicas de los productos y de los gustos y hábitos de los consumidores.²⁹² En lo que respecta a las características físicas, el Órgano de Apelación consideró que los grupos especiales deben examinar plenamente las propiedades físicas de los productos y en particular aquellas propiedades físicas que probablemente influyan en la relación de competencia entre ellos en el mercado. Entre esas propiedades están las propiedades físicas que hacen que un producto sea tóxico o peligroso por otras razones para la salud.²⁹³ En lo que respecta a los gustos y

²⁹² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 113.

²⁹³ El Órgano de Apelación señaló que una característica de las fibras de amianto crisotilo era que las partículas microscópicas y los filamentos de las fibras de amianto crisotilo eran carcinógenas para los seres humanos, tras su inhalación. En consecuencia, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que este carácter carcinógeno, o esta toxicidad, constituía un aspecto determinante de las propiedades físicas de las fibras de amianto crisotilo a diferencia de las fibras de alcohol polivinílico, celulosa y vidrio (ACV) que no presentaban el mismo riesgo para la salud. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 114)

hábitos de los consumidores, el Órgano de Apelación constató que los riesgos para la salud asociados con un producto podían influir en la preferencia de los consumidores.²⁹⁴

119. De manera análoga consideramos que las preocupaciones normativas a que responde una medida, al igual que los riesgos para la salud asociados a un determinado producto, pueden ser pertinentes a un análisis de los criterios de "similitud" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, así como del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en tanto en cuanto tengan repercusiones en la relación de competencia entre los dos o más productos en cuestión.

120. La interpretación del concepto de "similitud" del párrafo 1 del artículo 2 debe basarse en el texto de esa disposición leído en el contexto del *Acuerdo OTC* y del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que contiene asimismo una obligación de trato nacional formulada de manera similar, aplicable a las leyes, reglamentos y prescripciones, incluidos los reglamentos técnicos. Habida cuenta de este contexto y del objeto y fin del *Acuerdo OTC*, expresados en su preámbulo, consideramos que la determinación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, al igual que en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos. En el grado en que sean pertinentes al examen de ciertos criterios de "similitud" y se reflejen en la relación de competencia de los productos, las preocupaciones normativas a las que responden los reglamentos técnicos pueden desempeñar un papel en la determinación de la similitud.

121. Teniendo presente este enfoque interpretativo, procedemos ahora a examinar las alegaciones de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error en sus evaluaciones de los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados y de los gustos y hábitos de los consumidores de esos cigarrillos, así como la alegación de ese país de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de los gustos y hábitos de los consumidores. Examinamos en primer lugar la constatación del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen el mismo uso final.

²⁹⁴ El Órgano de Apelación constató que los riesgos para la salud asociados con las fibras de amianto crisotilo influían en el comportamiento tanto de los fabricantes (que incorporaban las fibras en otro producto) como de los consumidores finales. El Órgano de Apelación destacó que un fabricante no puede hacer caso omiso de las preferencias del consumidor final de un producto y, si los riesgos creados por un producto determinado son suficientemente grandes, el consumidor final puede simplemente abstenerse de comprarlo. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 122)

2. Usos finales

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

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

124. Indonesia responde que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el uso final de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados es "ser fumados". Además, en opinión de Indonesia, aun suponiendo, a efectos de argumentación, que los usos finales propuestos por los Estados Unidos fueran usos pertinentes, los Estados Unidos no presentaron ninguna prueba que demostrara que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados no *pudieran* ambos cumplir los usos finales de satisfacer una adicción a la nicotina y crear una experiencia agradable.³⁰⁰

²⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.199.

²⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.198.

²⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.197.

²⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 45.

²⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 46.

³⁰⁰ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 73.

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

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

127. No consideramos que sea correcto caracterizar el hecho de "satisfacer una adicción a la nicotina" y el de "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo" como gustos y hábitos, y no como usos finales. En la medida en que describen posibles funciones de los productos, y no la apreciación que tienen los consumidores de esas funciones, representan efectivamente diferentes usos finales de los productos en cuestión, y no gustos y hábitos de los consumidores. Los gustos y hábitos de los consumidores deben indicar en qué medida los consumidores están dispuestos a sustituir los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados para "satisfacer una adicción a la nicotina" y/o "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo".

128. Recordamos asimismo que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no había trazado un cuadro completo de los diferentes usos finales de las distintas fibras en cuestión, porque su análisis se había basado en "una pequeña parte de sus aplicaciones" en las que los productos podían sustituirse recíprocamente y porque no había examinado otros usos finales

³⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117. (sin cursivas en el original)

³⁰² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

³⁰³ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 131. En esa diferencia, el Órgano de Apelación consideró que factores como la perceptibilidad de las diferencias entre los productos y la presentación y el etiquetado de los productos guardan relación tanto con las características físicas del producto como con los gustos y hábitos de los consumidores. (*Ibid.*, párrafos 128 y 132)

diferentes de los productos. El Órgano de Apelación señaló que sólo formándose el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto, puede evaluar un grupo especial la importancia del hecho de que los productos compartan un número limitado de usos finales.³⁰⁴

129. Un análisis del uso final debe ser completo y lo bastante específico para proporcionar una orientación válida en cuanto a si los productos en cuestión son productos similares. No se cuestiona que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados son "para ser fumados". Sin embargo, "ser fumados" no describe exhaustivamente las funciones de los cigarrillos. En consecuencia, constatar, como hizo el Grupo Especial, que el uso final de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados es "ser fumados" no ofrece, a nuestro entender, orientación suficiente en cuanto a si esos productos son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. También los cigarrillos, el tabaco suelto y las hierbas comparten el mismo uso final de ser "fumados", aunque esto no dice mucho sobre si todos esos productos son similares.³⁰⁵

130. A nuestro juicio, el Grupo Especial no realizó un análisis de los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y mentolados lo bastante completo y específico como para proporcionar indicaciones significativas sobre la similitud de esos productos. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que hay combinaciones y funciones más específicas de "fumar" que son pertinentes para los usos finales de los cigarrillos, como "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El Grupo Especial debería haber considerado esas combinaciones y funciones en su evaluación de si los productos en cuestión son similares. Sin embargo, también señalamos el argumento esgrimido por Indonesia de que, aun suponiendo que los usos finales propuestos por los Estados Unidos fueran "usos finales legítimos", los Estados Unidos no demostraron que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados no *pudieran* ambos cumplir las funciones de "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo".³⁰⁶

131. Los Estados Unidos aducen en apelación que los cigarrillos mentolados se utilizan para satisfacer la adicción a la nicotina de millones de fumadores en los Estados Unidos, mientras que los cigarrillos de clavo de olor se utilizan principalmente para la experimentación y en entornos sociales especiales y, por lo general, no se fuman para satisfacer una adicción. No obstante, el Grupo Especial

³⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 119.

³⁰⁵ De manera análoga, declarar que el uso final de las bebidas alcohólicas es "ser bebidas" no distinguiría las bebidas alcohólicas del agua, leche o jugo de naranja que también se consumen bebiéndolas. Por el contrario, en el asunto *Filipinas - Aguardientes*, se describió el uso específico de las bebidas alcohólicas como "saciar la sed, relacionarse socialmente, la distensión y una embriaguez agradable". (Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 171 (donde se citan los informes del Grupo Especial, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 7.81))

³⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 73.

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

132. Teniendo en cuenta lo que antecede, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el uso final de los cigarrillos sea simplemente "ser fumados" y coincidimos con los Estados Unidos en que los cigarrillos tienen usos finales más específicos, como "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". No obstante, consideramos que, sobre la base de las constataciones del Grupo Especial a que se hace referencia *supra*, se puede llegar a la conclusión de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados comparten los usos finales de "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". En consecuencia, consideramos que los usos finales más específicos de los productos presentados por los Estados Unidos también sustentan la constatación general del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares.

3. Gustos y hábitos de los consumidores

133. Al abordar los gustos y hábitos de los consumidores en lo que respecta a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, el Grupo Especial afirmó que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, delimitaba el alcance de los consumidores cuyos gustos y hábitos se debían examinar conforme a este criterio.³⁰⁹ En consecuencia, el Grupo Especial consideró procedente examinar la sustituibilidad de

³⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.231.

³⁰⁸ En su respuesta a la pregunta 37 del Grupo Especial, los Estados Unidos señalan que, "[c]on respecto a los efectos adictivos de los cigarrillos ordinarios, los mentolados y los de clavo de olor, todos esos productos contienen nicotina y por tanto son adictivos." (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 85)

³⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.206.

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

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

135. Los Estados Unidos mantienen que un análisis del producto similar en el marco del párrafo 1 del artículo 2 debe tener en cuenta las distinciones de reglamentación establecidas en virtud de la medida en cuestión, que no se limitan al objetivo inmediato o primario de una medida, sino que suelen reflejar la ponderación de otras consideraciones importantes para el bienestar público. En particular, los Estados Unidos sostienen que, si bien la finalidad primaria o inmediata del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo del tabaco entre los jóvenes, la medida se elaboró a partir de un examen de los beneficios, los riesgos y las consecuencias para la salud de la población en su conjunto, incluidas las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de un tipo de cigarrillo, como los cigarrillos mentolados, al que son adictos química o psicológicamente millones de adultos.³¹⁵

³¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.214.

³¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.217.

³¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

³¹³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 54.

³¹⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 60.

³¹⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 62. Los Estados Unidos mencionan en particular "el posible aumento de los cigarrillos en el mercado negro no regulado o de la presión sobre el sistema de atención sanitaria". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 61)

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

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

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

³¹⁶ Sección V.B.1 del presente informe.

³¹⁷ Véase *supra*, párrafo 119.

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

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

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

141. Indonesia sostiene que los Estados Unidos no presentaron pruebas que demostraran que los consumidores, adultos o jóvenes, no estarían dispuestos a sustituir entre sí los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados para el uso final de fumar. Indonesia aduce que los Estados Unidos se equivocan al suponer que los gustos y hábitos de los consumidores deben ser idénticos para ser similares, teniendo en cuenta que el Órgano de Apelación constató que los productos que son casi perfectamente sustituibles entre sí pueden ser productos similares. Afirma que hay suficientes pruebas en el expediente que acreditan el hecho de que los jóvenes fumadores y los jóvenes que todavía no han empezado a fumar consideran que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son "al menos casi sustituibles entre sí".³²⁰

142. Consideramos que a fin de determinar si los productos son similares en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no es necesario demostrar que los productos son sustituibles para todos los consumidores o que compiten realmente en todo el mercado. Por el contrario, si los productos son muy sustituibles entre sí para unos consumidores pero para otros no, esto también

³¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.206.

³¹⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 55.

³²⁰ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 82 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 149).

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

143. Aunque la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas - Aguardientes* se refería a la segunda frase el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994, consideramos que esta interpretación de la expresión "productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí es pertinente para el concepto de "similitud" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, puesto que la similitud en el marco de esas disposiciones se determina sobre la base de la relación de competencia entre dos o más productos.³²³ A nuestro juicio, la idea de que no es necesario que haya una competencia real en todo el mercado, sino que esta puede limitarse a un segmento del mercado, es distinta de la cuestión del grado de competencia que se necesita para cumplir las normas de "productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" entre sí y de "productos similares".

144. El examen que hizo el Grupo Especial de los gustos y hábitos de los consumidores fue demasiado limitado. Al mismo tiempo, el mero hecho de que los cigarrillos de clavo de olor sean fumados en forma desproporcionada por los jóvenes mientras que el consumo de cigarrillos mentolados esté más repartido entre los fumadores jóvenes y los adultos no afecta necesariamente al grado de sustituibilidad entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados. El Grupo Especial

³²¹ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 220.

³²² Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 221 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafo 7.43). (las cursivas figuran en el original)

³²³ En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación, si bien no definió el alcance preciso del concepto "productos similares" en el párrafo 4 del artículo III, constató que dicho párrafo se aplica a productos que se encuentran en una relación de competencia y que "el alcance del término 'similares' empleado en el párrafo 4 del artículo III es más amplio que el del término 'similares' de la primera frase de su párrafo 2". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99)

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

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

146. Por último, pasamos a la alegación formulada por los Estados Unidos en el sentido de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD cuando llegó a la conclusión de que los consumidores de que se trata en este caso perciben de manera similar los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, y de que hizo caso omiso de las pruebas fundamentales relativas al modo en que los consumidores utilizan y perciben realmente los productos en cuestión en el mercado pertinente.³²⁵

147. Los Estados Unidos subrayan que los cigarrillos de clavo de olor son consumidos en forma desproporcionada por los fumadores jóvenes y principiantes, mientras que el consumo de cigarrillos mentolados está más repartido entre los jóvenes y los adultos. Recuerdan que ambas partes presentaron pruebas-en particular una serie de encuestas- destinadas a aclarar los gustos y hábitos de los consumidores en los Estados Unidos por lo que respecta a los cigarrillos de clavo de olor y mentolados. Sin embargo, sostienen los Estados Unidos, el Grupo Especial desestimó estas pruebas después de haber concluido erróneamente que no podía "basar[se] en la [información] ... proporciona[da]" en las encuestas aduciendo que dicha información no era "directamente comparable".³²⁶ Los Estados Unidos sostienen que los datos de las encuestas que se presentaron al Grupo Especial eran "directamente pertinentes para la cuestión que se le había sometido" porque

³²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.232.

³²⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 64.

³²⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 66 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.210).

aportaban pruebas sobre el modo en que los consumidores y los posibles consumidores "utilizaban y percibían diferentes cigarrillos *en los Estados Unidos*"³²⁷, es decir, en el mercado pertinente. Los Estados Unidos mantienen asimismo que, tras haber desestimado esas pruebas, el Grupo Especial procedió a basar sus conclusiones "enteramente en especulaciones y conjeturas", sin ningún fundamento probatorio en cuanto al modo en que los consumidores del mercado pertinente utilizan realmente los cigarrillos en cuestión.³²⁸

148. Indonesia responde que, teniendo en cuenta que los parámetros de investigación variaban de una encuesta a otra, el Grupo Especial concluyó acertadamente que los datos de las encuestas no daban orientaciones claras sobre los "gustos y hábitos de los consumidores". A su juicio, el enfoque adoptado por el Grupo Especial con respecto a esas pruebas "difícilmente equivale a excluirlas *a priori*".³²⁹ En lugar de ello, el Grupo Especial "formuló claramente las dificultades que encontró al comparar los datos de las encuestas"³³⁰ y sencillamente no atribuyó a las pruebas la misma importancia que los Estados Unidos. Indonesia mantiene asimismo que el Grupo Especial identificó pruebas que demostraban que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados son cigarrillos de "habitación" o "iniciación" que atraen a los jóvenes, y se apoyó en ellas.³³¹ Basándose en estas pruebas obrantes en el expediente, el Grupo Especial constató acertadamente que "se percibe que todos esos cigarrillos aromatizados son vehículos para empezar a fumar".³³²

149. Observamos que el artículo 11 del ESD obliga a un grupo especial a hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos. Por consiguiente, el artículo 11 obliga a un grupo especial 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."³³³ Además, los grupos especiales "no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas".³³⁴ A este respecto, el Órgano de Apelación no "interferir[á] sin motivos bien fundados" con las facultades de un grupo especial para determinar los hechos, ni "basar[á] una constatación de incompatibilidad en relación con el artículo 11 simplemente en la conclusión de que podría[] haber

³²⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 67. (las cursivas figuran en el original)

³²⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 68.

³²⁹ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 106.

³³⁰ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 115.

³³¹ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 111.

³³² Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 113 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.231).

³³³ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 135 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132 y 133).

³³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267.

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

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

³³⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 136 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151).

³³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, nota 618 al párrafo 293.

³³⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 148.

³³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 292.

³³⁹ Véase el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

³⁴⁰ Indonesia se remitió a las cuatro encuestas siguientes: i) *National Survey on Drug Use and Health* de 2006-2008; ii) *Western Watts Survey de 2009*; iii) *Monitoring the Future Survey de 2009*; y iv) una encuesta telefónica realizada por la *Opinion Research Corporation, de 2010*. (Informe del Grupo Especial, nota 426 al párrafo 7.210 (donde se hace referencia a *National Survey on Drug Use and Health* (Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud) de 2006-2008, "*Essential Facts About Clove Cigarettes*" (Prueba documental 3 presentada por Indonesia al Grupo Especial); a *Western Watts Data Collection, "Clove Cigarettes Attitude, Awareness and Usage Survey"*, 16 a 19 de febrero de 2009 (Prueba documental 26 presentada por Indonesia al Grupo Especial); a L.D. Johnston *et al.*, "*Smoking continues gradual decline among U.S. teens, smokeless tobacco threatens a comeback*", University of Michigan News Service, 14 de diciembre de 2009 (Prueba documental 33 presentada por Indonesia al Grupo Especial); y a *Opinion Research Corporation, Teen CARAVAN Study N° 719381*, 23 a 26 de septiembre de 2010 (Prueba documental 34 presentada por Indonesia al Grupo Especial))) Los Estados Unidos basaron sus argumentos en dos encuestas: i) *National Survey on Drug Use and Health* de 2002-2003; y ii) *National Youth Tobacco Survey*. (Informe del Grupo Especial, nota 426 al párrafo 7.210 (donde se hace referencia a *FDA Survey Assessment, "Patterns of Use Among Menthol, Clove, and Other Flavored Cigarettes"* (Prueba documental 53 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial)))

³⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210.

³⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210.

³⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.210.

de los consumidores presentadas por las partes pueden no proporcionar una orientación clara" sobre si, desde la perspectiva de los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados eran sustituibles entre sí.³⁴⁴

151. Reconocemos que es posible que extraer información válida de unos estudios cuyos parámetros de investigación difieran considerablemente no sea una tarea fácil. Del mismo modo, no sugerimos que los grupos especiales deban ser siempre capaces de realizar complejos ejercicios estadísticos para resolver discrepancias entre datos que en definitiva no se pueden resolver. No obstante, el hecho de que pueda ser difícil comparar las pruebas en las que se apoyen las partes no puede eximir al grupo especial de examinarlas. Un grupo especial tiene la obligación de "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado"³⁴⁵, y debería al menos tratar de extraer de ellas la información que pudiera ser pertinente. Solo tras ese examen podría un grupo especial dar "explicaciones razonadas y adecuadas"³⁴⁶ sobre por qué no puede basarse en las pruebas específicas presentadas por las partes u opta por no basarse en ellas. A nuestro juicio, un grupo especial no puede determinar *a priori* que determinados elementos de prueba no son fiables a efectos de su análisis solo porque haya una diferencia en los parámetros y el método utilizados.

152. Recordamos, sin embargo, que no todo error supuestamente cometido por un grupo especial equivale a una infracción del artículo 11 del ESD. Un participante que alegue que un grupo especial hizo caso omiso de un elemento de prueba tiene que explicar por qué esa prueba es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no la trate influye en la objetividad de su evaluación de los hechos.³⁴⁷ A este respecto, los Estados Unidos sostienen que, como el Grupo Especial no examinó las pruebas relacionadas con los gustos y hábitos de los consumidores, su constatación relativa a este criterio "era irremediabilmente errónea".³⁴⁸ A juicio de los Estados Unidos, los datos de las encuestas presentados por la partes "demuestran que los consumidores y los posibles consumidores utilizan y perciben los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados de manera diferente, aunque ambos sean cigarrillos con aromas característicos que atraen a los jóvenes".³⁴⁹

153. Hemos considerado *supra*, con respecto a la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del criterio de los gustos y hábitos de los consumidores,

³⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.209.

³⁴⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 135 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE- Hormonas*, párrafos 132 y 133).

³⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, nota 618 al párrafo 293.

³⁴⁷ Véase el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

³⁴⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 68.

³⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 69.

que, aunque el Grupo Especial no debería haber limitado su análisis a los consumidores jóvenes y los posibles consumidores jóvenes, excluyendo a los fumadores adultos actuales, esto no afectó a su constatación de que hay suficiente sustituibilidad entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados para sustentar su constatación general de que los productos son similares. Las constataciones del Grupo Especial muestran que, si bien los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados no compiten en todo el mercado, para los consumidores jóvenes y los posibles consumidores jóvenes estos productos son sustituibles entre sí.

154. Por consiguiente, a nuestro juicio, el hecho de que el Grupo Especial no se basara en las pruebas que demuestran que los cigarrillos de clavo de olor son consumidos de forma desproporcionada por los jóvenes mientras que los cigarrillos mentolados los fuman tanto los jóvenes como los adultos no tiene consecuencias importantes para la constatación del Grupo Especial sobre los gustos y hábitos de los consumidores. Ello se debe a que el Grupo Especial constató que hay un grado de sustituibilidad, al menos en algunos segmentos del mercado, entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados suficiente para respaldar una constatación de similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

155. En resumen, no estamos seguros de que las razones esgrimidas por el Grupo Especial para no basarse en las encuestas presentadas por las partes justifiquen la forma somera en que el Grupo Especial trató esas encuestas. Aun cuando esas pruebas no fueran directamente comparables o se basaran en enfoques metodológicos diferentes, el Grupo Especial estaba obligado a examinarlas y extraer información pertinente que contuvieran. El Grupo Especial no dio una explicación adecuada de por qué esto no fue posible. No obstante, a nuestro entender, el error del Grupo Especial no equivale a una infracción del artículo 11 del ESD, teniendo en cuenta que las pruebas que el Grupo Especial no tomó en consideración no tienen consecuencias importantes para la constatación del Grupo Especial de que los gustos y hábitos de los consumidores indican que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son suficientemente sustituibles entre sí en determinados segmentos del mercado y, por tanto, no socavan la constatación del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son productos similares en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

4. Conclusión sobre los "productos similares"

156. Hemos discrepado de la interpretación que hizo el Grupo Especial del concepto de "productos similares" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que se centra en los fines del reglamento técnico en cuestión, como algo independiente de la relación de competencia entre dos o más productos. En cambio, hemos llegado a la conclusión de que el contexto que ofrecen el propio

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

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

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

159. Por último, observamos que los Estados Unidos no han apelado contra las constataciones del Grupo Especial relativas a las características físicas y a la clasificación arancelaria de los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados. El Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son físicamente similares, ya que comparten "sus principales características en cuanto que cigarrillos ..., es decir, que tienen tabaco como principal ingrediente, y un aditivo que imparte un

³⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.231; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 85.

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

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

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

1. Introducción

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

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

³⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.187.

³⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.239.

³⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.270.

³⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.275-7.277.

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

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

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

³⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.279 y 7.280.

³⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.281.

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

³⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

165. Antes de ocuparnos de las cuestiones específicas planteadas por los Estados Unidos en apelación, consideramos útil interpretar el requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a la luz de las interpretaciones divergentes que han hecho de esta expresión los participantes en el procedimiento de apelación.

2. "Trato no menos favorable" a tenor del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

166. En referencia a la interpretación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 que hizo el Órgano de Apelación³⁵⁹, los Estados Unidos e Indonesia coinciden en que la norma de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los grupos especiales que determinen si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados. No obstante, Indonesia considera que la existencia de efectos perjudiciales para las oportunidades de competencia de los productos importados basta para establecer que hay un "trato menos favorable" de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2.³⁶⁰ Por el contrario, los Estados Unidos aducen que la existencia de efectos perjudiciales para las oportunidades de competencia de las importaciones es condición necesaria, pero no suficiente, para establecer una infracción del párrafo 1 del artículo 2. Los Estados Unidos aducen, haciendo referencia al informe del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, que el párrafo 1 del artículo 2 exige profundizar en el análisis de si "los efectos perjudiciales se explican por factores o circunstancias que no guardan relación con el origen extranjero del producto".³⁶¹

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

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

168. Como ya se ha expuesto anteriormente, para que se establezca que ha habido una infracción de la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2 deben darse tres elementos:

³⁵⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

³⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 172.

³⁶¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 101 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.269; y al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96).

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

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

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

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

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

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

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

173. El texto del sexto considerando reconoce expresamente que los Miembros pueden adoptar las medidas necesarias, entre otras cosas, para la protección de la salud y la vida de las personas, a condición de que no "apliquen [dichas medidas] en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado" o una "restricción encubierta del comercio internacional" y de que "en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo". Estimamos que el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* ofrece un contexto pertinente por lo que respecta al alcance del requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2, al dejar claro que los reglamentos técnicos pueden perseguir los objetivos enumerados en dicho considerando siempre que no apliquen en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del *Acuerdo OTC*.

174. Por último, como se ha señalado anteriormente³⁶², el objeto y fin del *Acuerdo OTC* es establecer un equilibrio entre el objetivo de liberalización del comercio, por un lado, y el derecho de los Miembros a adoptar reglamentaciones, por el otro. Por lo tanto, este objeto y fin indica que no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 prohíbe todo efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones cuando ese efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.

175. Por consiguiente, el contexto y el objeto y fin del *Acuerdo OTC* inclinan la balanza a favor de interpretar el requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de que prohíbe tanto *de jure* como *de facto* la discriminación contra los productos importados, aunque al mismo tiempo permite que haya un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones que derive exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.

³⁶² *Supra*, párrafos 94 y 95.

176. Al igual que los participantes, consideramos útil examinar el contexto que ofrecen los demás acuerdos abarcados. Observamos, en particular, que la obligación de no discriminación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* está expresada en los mismos términos que el del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.³⁶³ En el contexto del párrafo 4 del artículo III, grupos especiales anteriores del GATT y la OMC, así como el Órgano de Apelación, han dado su interpretación del requisito de "trato no menos favorable" en numerosas ocasiones. Desde el Grupo Especial del GATT que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 337*, se ha interpretado que la expresión "trato [no] menos favorable" del párrafo 4 del artículo III exige "una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados".³⁶⁴ Posteriores grupos especiales del GATT y la OMC siguieron un enfoque similar y constataron infracciones del párrafo 4 del artículo III en casos en que las distinciones reglamentarias en materia de procedimientos de observancia³⁶⁵, canales de distribución³⁶⁶, prescripciones legales sobre contenido³⁶⁷ y asignación de licencias de importación³⁶⁸ habían dado como resultado la alteración de las oportunidades de competencia en el mercado del Miembro regulador, en detrimento de los productos importados frente a los productos nacionales similares.

177. En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo en que el análisis del trato menos favorable en el marco del párrafo 4 del artículo III se centra en las "condiciones de competencia" entre los productos similares importados y nacionales.³⁶⁹ El Órgano de Apelación también aclaró que una diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares no es:

... ni necesaria ni suficiente para demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III. En cambio, se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato "menos favorable" que a los productos nacionales similares examinando si una medida modifica las *condiciones de competencia* en el mercado pertinente en

³⁶³ El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 dice lo siguiente:

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

³⁶⁴ Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337*, párrafo 5.10.

³⁶⁵ Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337*, párrafo 5.20.

³⁶⁶ Informe del Grupo Especial del GATT, *Canadá - Organismos provinciales de comercialización (Estados Unidos)*, párrafos 5.12-516.

³⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.10.

³⁶⁸ Informe del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafos 7.179 y 7.180.

³⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 136.

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

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

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

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

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

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

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

... la diferencia entre los costos unitarios del requisito de fianza alegada por Honduras se explica por el hecho de que el importador de cigarrillos hondureños tiene una cuota de mercado menor que la de los dos productores nacionales (el costo unitario del requisito de fianza es el resultado de dividir el costo de la fianza por el número de cigarrillos vendidos en el mercado de la República Dominicana).

(Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96)

Así pues, en esa diferencia el Órgano de Apelación sencillamente mantuvo que el hecho de que los costos unitarios del requisito de fianza fueran más elevados para los cigarrillos importados no demostraba de manera concluyente la existencia de un trato menos favorable, porque dichos costos no se podían atribuir a la

180. Si bien somos conscientes de que el sentido de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse a la luz del contexto específico que ofrece el *Acuerdo OTC*, consideramos sin embargo que esas constataciones anteriores del Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 son instructivas para evaluar dicho sentido, siempre que se tenga en cuenta el contexto específico en el que aparece la expresión, es decir, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. De manera similar al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros de la OMC que den al grupo de productos importados un trato no menos favorable que el otorgado al grupo de productos nacionales similares. El párrafo 1 del artículo 2 prescribe dicho trato específicamente con respecto a los reglamentos técnicos. Por esta razón, un grupo especial que examine una alegación de infracción al amparo del párrafo 1 del artículo 2 debe tratar de determinar si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado del Miembro regulador en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares.

181. Sin embargo, como se ha señalado antes, el contexto y el objeto y fin del *Acuerdo OTC* inclinan la balanza a favor de interpretar el requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de que no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Más bien, por los motivos mencionados anteriormente³⁷³, el requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 únicamente prohíbe la discriminación *de jure* y *de facto* contra el grupo de productos importados.

182. Por consiguiente, cuando el reglamento técnico en litigio no establece una discriminación *de jure* contra las importaciones, la existencia de un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia del grupo de productos importados frente al de productos nacionales similares no es determinante con respecto a la existencia de trato menos favorable a tenor del párrafo 1 del artículo 2. En cambio, un grupo especial debe analizar con detalle si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados. Al formular esta determinación, un grupo especial debe examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura

medida concreta en litigio sino que dependían de los volúmenes de ventas. En *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación aclaró también que, para una constatación de trato menos favorable en el marco del párrafo 4 del artículo III, "es necesario que haya siempre una relación auténtica entre la medida en litigio y su repercusión desfavorable en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares para que esa repercusión pueda respaldar la constatación de que se concede a los productos importados un trato menos favorable". (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 134) El Órgano de Apelación se abstuvo de realizar un análisis adicional en cuanto a si ese efecto perjudicial guardaba relación con el origen extranjero de los productos o se explicaba por otros factores o circunstancias.

³⁷³ Véase *supra*, párrafos 97-101.

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

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

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

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

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

El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige una comparación de "productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros" con "productos similares de origen nacional". Estas disposiciones se refieren a los productos importados del territorio de "*cualquier otro* Miembro", y no, de forma más general, al de "los Miembros" o de "otros Miembros". Los productos importados en este caso son los productos importados del territorio de *Indonesia*. Y, al parecer, hay común acuerdo entre las partes en que la inmensa mayoría de los cigarrillos que se importaban de Indonesia en los Estados Unidos eran cigarrillos *de clavo de olor*.³⁷⁶ (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

³⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.271.

³⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.272.

³⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.275.

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

186. En apelación, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al limitar *a priori* su comparación del trato menos favorable a un producto importado (los cigarrillos de clavo de olor indonesios) y un producto nacional similar (los cigarrillos mentolados). Los Estados Unidos se remiten al informe del Órgano de Apelación en *CE - Amianto* y al informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* para argumentar que el párrafo 1 del artículo 2 exigía al Grupo Especial que comparara el trato otorgado a todos los productos similares importados y nacionales como grupo.³⁷⁸ A juicio de los Estados Unidos, una comparación adecuada habría demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) no altera las condiciones de competencia entre los productos similares importados y nacionales como grupo.³⁷⁹

187. Con respecto a los productos importados, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al no tomar en consideración el trato otorgado a los cigarrillos mentolados importados de otros países.³⁸⁰ Según los Estados Unidos, la referencia a los productos importados de "cualquier otro Miembro" que se hace en el párrafo 1 del artículo 2 no justifica que el Grupo Especial se centrara en los cigarrillos de clavo de olor indonesios, puesto que la finalidad del párrafo 1 del artículo 2 es diferenciar las distinciones reglamentarias legítimas de aquellas que sirven como elemento sustitutivo para seleccionar los productos similares del Miembro reclamante a los efectos del trato menos favorable.³⁸¹

188. Con respecto a los productos nacionales similares, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al no tomar en consideración el trato otorgado a los cigarrillos nacionales aromatizados.³⁸² En la medida en que el Grupo Especial limitó su análisis a los cigarrillos nacionales mentolados en virtud de los productos comprendidos en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, los Estados Unidos mantienen que el mandato de un grupo especial

³⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.277.

³⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 75-77 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100, y se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.295).

³⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 81.

³⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 79.

³⁸¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 84.

³⁸² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 79.

no limita el conjunto de los productos que han de ser tomados en consideración en una alegación de discriminación.³⁸³

189. Indonesia, por su parte, responde que el Grupo Especial no incurrió en error al comparar el trato dado a los cigarrillos de clavo de olor importados con el trato otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales. Indonesia sostiene que el Grupo Especial actuó correctamente al limitar su comparación del trato menos favorable a los productos importados y nacionales que había examinado en su análisis de la similitud.³⁸⁴ Mientras que el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* y el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* realizaron el análisis de la similitud sobre la base de grupos de productos, el Grupo Especial en el presente asunto actuó correctamente al limitar su análisis a los productos concretos en cuestión, a saber, los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales.³⁸⁵ Indonesia sostiene además que el Grupo Especial no se basó en su mandato para limitar los productos comprendidos en su comparación del trato menos favorable, sino en su determinación del alcance del análisis de la similitud.³⁸⁶

190. El párrafo 1 del artículo 2 dispone que se dé a "los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros"³⁸⁷ un trato no menos favorable que el otorgado a "productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país". Por consiguiente, el texto del párrafo 1 del artículo 2 exige que se realice una comparación del trato dado, por un lado, a los productos importados de cualquiera de los Miembros que alegue una infracción del párrafo 1 del artículo 2 y del trato otorgado, por otro lado, a los productos similares de origen nacional y de cualquier otro origen. Por lo tanto, a los efectos del análisis del trato menos favorable, el trato dado a los productos importados del Miembro reclamante ha de compararse con el otorgado a los productos nacionales similares y a los productos similares de cualquier otro origen.

191. A fin de determinar cuáles son los "productos similares de origen nacional y [los] productos similares originarios de cualquier otro país", un grupo especial debe tratar de establecer, basándose en la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos en el mercado del Miembro regulador, qué productos de origen nacional (y de otro origen) son similares a los productos importados del Miembro reclamante. El mandato de un grupo especial no le obliga, al determinar cuáles son los productos similares en litigio, a limitar su análisis a los productos identificados por el Miembro reclamante en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Más bien, el párrafo 1 del artículo 2 exige al grupo especial que identifique cuáles son los productos nacionales que guardan

³⁸³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 87.

³⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafos 138 y 139.

³⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafos 123-130.

³⁸⁶ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafos 147 y 148.

³⁸⁷ Sin cursivas en el original.

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

192. Por expresarlo con claridad, con arreglo al párrafo 1 del artículo 2, el deber que tiene un grupo especial de identificar qué productos de origen nacional y de otro origen son similares a los productos importados del Miembro reclamante no exime al reclamante de acreditar *prima facie* una infracción del párrafo 1 del artículo 2. Normalmente, para satisfacer esa carga, el Miembro reclamante identificará los productos importados y nacionales que son supuestamente similares y cuyo trato es preciso comparar con el fin de demostrar la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2. Los productos identificados por el Miembro reclamante constituyen el punto de partida para que un grupo especial realice un análisis de la similitud. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 2 exige a los grupos especiales que evalúen objetivamente, sobre la base de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos en el mercado del Miembro regulador, el universo de productos nacionales que son similares a los productos importados del Miembro reclamante.³⁸⁸

193. Una vez adecuadamente identificados los productos similares importados y nacionales, el párrafo 1 del artículo 2 exige al grupo especial que se ocupa de una alegación sobre trato nacional que compare el trato dado por el reglamento técnico en litigio a todos los productos similares importados del Miembro reclamante, por una parte, con el otorgado a todos los productos nacionales similares, por la otra. Sin embargo, la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2 no exige a los Miembros que otorguen un trato no menos favorable a cada producto importado en comparación con cada producto nacional similar. El párrafo 1 del artículo 2 no prohíbe las distinciones reglamentarias entre productos con respecto a los cuales se haya constatado que son similares, siempre que el trato dado al *grupo* de productos importados no sea menos favorable que el otorgado al *grupo* de productos nacionales similares. Como ha observado el Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994:

... [U]n Miembro puede trazar distinciones entre productos que se haya constatado que son "similares", sin que por ese solo hecho conceda al grupo de los productos *importados* "similares" un "trato menos favorable" que el concedido al grupo de los productos "similares" *de origen nacional*.³⁸⁹ (las cursivas y las comillas figuran en el original)

194. En resumen, la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2 exige una comparación entre el trato dado al grupo de productos importados del Miembro reclamante, por un

³⁸⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131.

³⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

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

195. Abordamos en este marco analítico las alegaciones concretas de error formuladas por los Estados Unidos. En esencia, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial redujo de forma inadmisiblemente el ámbito de los productos que habían de compararse a los efectos de la evaluación de la alegación de Indonesia según la cual el artículo 907(a)(1)(A) incumple la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2.

196. Con respecto al grupo de productos importados, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al no incluir en su análisis el trato otorgado a los cigarrillos mentolados importados de todos los Miembros en los Estados Unidos. No podemos estar de acuerdo. Como se ha señalado anteriormente, la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2 exige una comparación del trato dado al grupo de productos similares importados del Miembro que alega una infracción del párrafo 1 del artículo 2 con el trato otorgado al grupo de productos nacionales similares. De ello se desprende que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que una determinación respecto de las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 requería examinar si el artículo 907(a)(1)(A) da al grupo de productos importados *de Indonesia* un trato menos favorable que el otorgado al grupo de productos similares de origen estadounidense.³⁹⁰

197. Al determinar cuál era el grupo de productos importados de Indonesia cuyo trato era preciso comparar con el otorgado a los productos nacionales similares, el Grupo Especial constató que no se ponía en cuestión que la "inmensa mayoría" de los cigarrillos que se importaban de Indonesia en los

³⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.275 y 7.276.

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

198. Con respecto al grupo de productos nacionales similares, la impugnación de los Estados Unidos se centra en el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de su análisis del trato menos favorable. El Grupo Especial consideró que estaba obligado por su mandato a limitar su análisis de la similitud a dos categorías de productos regulados por el artículo 907(a)(1)(A) -los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales³⁹³- y, por lo tanto, limitó su análisis del trato menos favorable a una comparación del trato otorgado a esos dos grupos de productos.³⁹⁴ El Grupo Especial no consideró los cigarrillos nacionales aromatizados ni en la etapa relativa a la similitud ni en la relativa al trato menos favorable de su análisis.

199. No obstante, observamos que los Estados Unidos no impugnan en apelación el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de la etapa relativa a la similitud de su análisis. En cambio, la impugnación de los Estados Unidos se centra exclusivamente en el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de la etapa relativa al trato menos favorable de su análisis. Puesto que el párrafo 1 del artículo 2 limita expresamente el alcance de la comparación en cuanto al trato menos favorable a los productos similares importados y nacionales, y a falta de constataciones específicas del Grupo Especial de que los cigarrillos aromatizados de producción nacional distintos de los mentolados sean similares a los cigarrillos de clavo de olor, no podemos determinar si el Grupo Especial incurrió en error al no incluir los cigarrillos aromatizados de producción nacional en su comparación relativa al trato menos favorable.

200. Incluso suponiendo, en aras de la argumentación, que el Grupo Especial hubiera constatado que los cigarrillos aromatizados nacionales son similares a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, no estamos convencidos de que esto hubiera cambiado la conclusión final del Grupo

³⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.275.

³⁹² Informe del Grupo Especial, nota 503 del párrafo 7.275 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 81 del Grupo Especial, donde a su vez se hace referencia al *World Trade Atlas, Indonesia Cigarette Exports to the United States, 1998-2009* (Prueba documental 134 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial)).

³⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.147.

³⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.277.

Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) modifica las condiciones de competencia en detrimento del grupo de productos importados frente a los productos nacionales "similares". Aparte de la constatación del Grupo Especial de que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados"³⁹⁵, en el mercado estadounidense, que impugnan los Estados Unidos y se trata más adelante, en el expediente del Grupo Especial no obraban pruebas de que los cigarrillos aromatizados, aparte de los mentolados, tuvieran "alguna cuota de mercado significativa en los Estados Unidos antes de la aplicación de la prohibición en 2009".³⁹⁶ Por el contrario, los Estados Unidos confirmaron, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, que los cigarrillos aromatizados que no eran de clavo de olor prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A) "estuvieron en el mercado durante un período de tiempo relativamente corto y representaban una cuota de mercado relativamente pequeña".³⁹⁷ Por consiguiente, consideramos que cabe suponer que, habida cuenta de la cuota relativamente pequeña del mercado de los Estados Unidos que tenían, la inclusión de los cigarrillos aromatizados de producción nacional en la comparación no habría alterado la conclusión final del Grupo Especial de que el grupo de productos nacionales "similares" estaba integrado fundamentalmente por los cigarrillos mentolados nacionales.

4. Ámbito temporal de la comparación del "trato no menos favorable"

201. En la medida en que la exclusión por el Grupo Especial de los cigarrillos aromatizados nacionales distintos de los cigarrillos mentolados de su análisis tuvo su origen en la constatación del Grupo Especial de que esos productos no estaban en el mercado en el momento en que la prohibición entró en vigor, los Estados Unidos sostienen que ello constituye un error jurídico. En particular, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al excluir *a priori* de su análisis pruebas relativas a los efectos que tuvo el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA en productos similares nacionales antes de la entrada en vigor de la prohibición de los cigarrillos aromatizados. Además, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al prescindir de pruebas que demostraban que en el mercado estadounidense había cigarrillos aromatizados nacionales distintos de los mentolados en el momento de la prohibición.³⁹⁸

a) Aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

202. Los Estados Unidos aducen que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no establece una limitación temporal rígida en relación con las pruebas que un grupo especial puede considerar al efectuar un análisis del trato menos favorable. Por esta razón, los Estados Unidos aducen que el

³⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

³⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.28.

³⁹⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafo 43.

³⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 97 y 98.

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

203. Indonesia responde que la apelación de los Estados Unidos relativa al marco temporal pertinente para el análisis del Grupo Especial carece de pertinencia, porque el Grupo Especial actuó debidamente al comparar sólo el trato otorgado a los productos de los que en esta diferencia se ha constatado que son similares -los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales-, y ambos estaban en el mercado antes de que la prohibición entrara en vigor.⁴⁰² Indonesia está de acuerdo con los Estados Unidos en que el párrafo 1 del artículo 2 "no [establece] una limitación temporal rígida" respecto del marco temporal del análisis y concede a los grupos especiales la facultad discrecional de seleccionar el período apropiado.⁴⁰³

204. La impugnación de los Estados Unidos se refiere a la siguiente declaración del Grupo Especial:

... en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados, que representaban aproximadamente el 25 por ciento del mercado y una proporción muy significativa de los cigarrillos consumidos por los jóvenes en los Estados Unidos. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

205. En la presente diferencia, el cometido del Grupo Especial se estableció en su mandato, según se define en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia. Ese mandato requería del Grupo Especial que determinara si el artículo 907(a)(1)(A) era compatible con diversas disposiciones del *Acuerdo OTC* y del GATT de 1994 en la fecha del establecimiento del Grupo Especial. En consecuencia, el Grupo Especial debía evaluar si existía una infracción de esos

³⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 92.

⁴⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 93.

⁴⁰¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 94.

⁴⁰² Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 151.

⁴⁰³ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 152 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 92).

Acuerdos en ese momento y, de ser así, formular una recomendación de que los Estados Unidos pusieran su medida en conformidad. Se sigue que, en relación con la alegación de Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial debía evaluar si, en la fecha de su establecimiento, el artículo 907(a)(1)(A) era un reglamento técnico que daba a los productos importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares.

206. Estamos de acuerdo con los participantes en que el párrafo 1 del artículo 2 no establece una limitación temporal rígida respecto de las pruebas que el Grupo Especial podía examinar al evaluar la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2. No hay nada en el párrafo 1 del artículo 2 que impida a los grupos especiales tener en cuenta pruebas de fecha anterior al establecimiento de un grupo especial, en la medida en que esas pruebas informen la evaluación por el grupo especial de la compatibilidad de la medida en ese momento. Ello es particularmente cierto en el caso de una alegación de discriminación *de facto*, en la que un grupo especial ha de basar su determinación en la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí, incluidos el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico de que se trate. Por lo tanto, las pruebas de que el artículo 907(a)(1)(A) tuvo efectos de reglamentación que "congelaron" a los productores nacionales de cigarrillos aromatizados antes de la entrada en vigor de la prohibición de esos cigarrillos podían ser pertinentes en la evaluación por el Grupo Especial de la alegación de Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2.

207. En la presente diferencia, no resulta claro que el Grupo Especial considerase que el párrafo 1 del artículo 2 prohíbe el examen de pruebas de fecha anterior a la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). Como se ha señalado anteriormente, el Grupo Especial no explicó por qué no incluyó los cigarrillos aromatizados nacionales distintos de los mentolados en el grupo de productos nacionales similares. En cualquier caso, la declaración del Grupo Especial de que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados", en el mercado estadounidense no fue la base sobre la que el Grupo Especial excluyó los cigarrillos aromatizados nacionales del análisis del trato menos favorable, sino que fue la base de su constatación de que el artículo 907(a)(1)(A) impone "costos a los productores de otros Miembros, en particular a los productores de Indonesia, sin imponer al mismo tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense".⁴⁰⁴ Esta constatación del Grupo Especial ha sido impugnada por los Estados Unidos en apelación, y nos ocupamos de ella en la subsección V.C.5 del presente informe.

⁴⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

b) Artículo 11 del ESD

208. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al hacer caso omiso de pruebas que demostraban que, *en el momento de la prohibición*, se comercializaban en el mercado estadounidense cigarrillos aromatizados nacionales distintos de los mentolados.⁴⁰⁵

209. Indonesia responde que el Grupo Especial sí consideró las pruebas presentadas por los Estados Unidos a este respecto pero finalmente no le convencieron.⁴⁰⁶ Según Indonesia, al sopesar las pruebas que tenía ante sí, el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

210. Recordamos que el artículo 11 del ESD obliga a un grupo especial 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".⁴⁰⁷ Dentro de esos parámetros, "por lo general queda a discreción del [g]rup[o] [e]special decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones"⁴⁰⁸, y los grupos especiales "no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas".⁴⁰⁹

211. Observamos que, al constatar que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados, que representaban aproximadamente el 25 por ciento del mercado"⁴¹⁰, el Grupo Especial señaló:

Los Estados Unidos aducen que hay pruebas que demuestran que en 2008 y 2009 había en el mercado cigarrillos con aromas característicos producidos en los Estados Unidos (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 132). A este respecto, señalan las Pruebas documentales 52 y 62 presentadas por los Estados Unidos. A nuestro juicio, ninguna de las pruebas documentales presentadas demuestra que en el momento de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) se estuvieran vendiendo en el mercado cigarrillos aromatizados producidos en los Estados Unidos. En la Prueba documental 52 presentada por los Estados Unidos sólo figuran las "marcas conocidas de posibles cigarrillos 'aromatizados' vendidas en los Estados Unidos" en 2008. Esa prueba no informa, por lo tanto, de las marcas de cigarrillos presentes en el

⁴⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 97 y 98.

⁴⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafos 158 y 162.

⁴⁰⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 135 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132 y 133).

⁴⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135.

⁴⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267.

⁴¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

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

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

5. Efecto perjudicial en los productos importados

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

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

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

⁴¹² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 99 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96).

⁴¹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.279-7.281.

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

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

217. El Grupo Especial consideró que "la posible repercusión en el sistema de atención sanitaria y la posible aparición de un mercado negro y de contrabando de cigarrillos mentolados"⁴¹⁶ no constituían objetivos legítimos, porque:

Estas razones, que los Estados Unidos han presentado como si constituyeran por sí mismas un objetivo legítimo, nos parecen relacionadas de un modo u otro con los costos que podrían derivarse para los Estados Unidos de una prohibición de los cigarrillos mentolados. De hecho, que los Estados Unidos no prohíban los cigarrillos mentolados no se debe a que éstos no sean un tipo de cigarrillo con un aroma característico atractivo para los jóvenes, sino a los costos que podrían resultar de esa prohibición. Recordamos que en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados, que representaban aproximadamente el 25 por ciento del mercado y una proporción muy significativa de los cigarrillos consumidos por los jóvenes en los Estados Unidos. A nuestro parecer, el efecto de prohibir los cigarrillos que tengan un aroma característico distinto del mentol es imponer costos a los productores de otros Miembros, en particular a los productores de Indonesia, sin imponer al mismo

⁴¹⁴ Véase *supra*, párrafos 174 y 175.

⁴¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289 y nota 522 al mismo.

⁴¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense.⁴¹⁷ (no se reproducen las notas de pie de página)

218. En apelación, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que ningún perjuicio para las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados podía explicarse por factores que no guardaran relación con el origen extranjero de los productos.⁴¹⁸ Además, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto en el sentido del artículo 11 del ESD al constatar que no se impuso ningún costo a ninguna entidad estadounidense.⁴¹⁹

a) Aplicación del párrafo 1 del artículo 2

219. Comenzamos por la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que ningún perjuicio para las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados podía explicarse por factores que no guardaran relación con el origen extranjero de los productos.⁴²⁰ Los Estados Unidos aducen que "ni siquiera el hecho de que un reglamento técnico afecte desfavorablemente a la situación de competencia de productos importados, en comparación con la de productos nacionales similares, constituye un trato menos favorable cuando el efecto perjudicial no guarda relación con el origen extranjero del producto".⁴²¹ A juicio de los Estados Unidos, muchos factores afectan a los costos asociados a un reglamento técnico; por ejemplo, los costos de transporte, los métodos de producción, la antigüedad de las instalaciones del productor, el tamaño, la eficiencia, la productividad y la estrategia de comercialización. En consecuencia, el párrafo 1 del artículo 2 no prohíbe la imposición de costos a los productos importados en comparación con los productos nacionales cuando esos costos no guardan relación con el origen del producto.⁴²² El Grupo Especial no examinó la "arquitectura, estructura y diseño" del artículo 907(a)(1)(A), incluido el hecho de que permite a Indonesia importar y vender cigarrillos ordinarios y mentolados en los Estados Unidos.⁴²³ A juicio de los Estados Unidos, la referencia a "costos" no especificados impuestos a los productores extranjeros no establece que los efectos del artículo 907(a)(1)(A) en las oportunidades de competencia de los productos importados guarden relación con el origen de éstos.⁴²⁴ Los Estados Unidos subrayan que los costos que el artículo 907(a)(1)(A) supuestamente evita recaerían en los sistemas de atención sanitaria y de

⁴¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

⁴¹⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 99.

⁴¹⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 109.

⁴²⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 99.

⁴²¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 101.

⁴²² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 101.

⁴²³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 103.

⁴²⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 106.

aplicación de la reglamentación estadounidenses (y no en los productores de cigarrillos mentolados nacionales), incluso si todos los cigarrillos mentolados fueran importados.⁴²⁵

220. A juicio de Indonesia, la constatación del Grupo Especial de que el artículo 907(a)(1)(A) modifica las condiciones de competencia en los Estados Unidos en detrimento de los cigarrillos de clavo de olor importados frente a los cigarrillos mentolados nacionales era suficiente para establecer una infracción del párrafo 1 del artículo 2.⁴²⁶ Aunque Indonesia mantiene que no era necesario un criterio adicional de "origen nacional", aduce que, no obstante, el Grupo Especial actuó correctamente al concluir que el artículo 907(a)(1)(A) tenía una "intención discriminatoria", porque los cigarrillos mentolados representaban el 25 por ciento del mercado y una proporción significativa de los cigarrillos que fuman los jóvenes en los Estados Unidos.⁴²⁷ El Grupo Especial actuó correctamente al rechazar que los posibles costos para los sistemas de aplicación de la reglamentación y de atención sanitaria estadounidenses fueran "razones legítimas" para eximir a los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados. El Grupo Especial también actuó apropiadamente al constatar que la desproporción en la asignación de los costos a las entidades indonesias y a las estadounidenses probaba la discriminación *de facto* contra las importaciones.⁴²⁸

221. Comenzamos señalando que estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no formuló claramente sus razones para concluir que "el efecto de prohibir los cigarrillos que tengan un aroma característico distinto del mentol es imponer costos a los productores de otros Miembros, en particular a los productores de Indonesia, sin imponer al mismo tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense".⁴²⁹ En la medida en que los costos reales o potenciales son pertinentes para el análisis del trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial no se extendió sobre por qué, en su opinión, el artículo 907(a)(1)(A) no impone costos "a ninguna entidad estadounidense", al margen de observar que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados"⁴³⁰, en el mercado estadounidense.⁴³¹

⁴²⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 107.

⁴²⁶ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 172.

⁴²⁷ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 183.

⁴²⁸ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafos 184 y 185.

⁴²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

⁴³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289.

⁴³¹ Además, en la medida en que podría entenderse que la constatación del Grupo Especial sugiere que reducir los posibles costos del reglamento constituye, *per se*, un objetivo de reglamentación ilegítimo, no estamos de acuerdo. No hay nada en el párrafo 1 del artículo 2 que impida que un Miembro trate de minimizar los posibles costos derivados de reglamentos técnicos, siempre que el reglamento técnico en cuestión no discrimine, de manera abierta o encubierta, contra las importaciones.

222. No obstante, no estamos convencidos de que el Grupo Especial incurriera en error al constatar en definitiva que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. Por su diseño, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe todos los cigarrillos que tengan aromas característicos distintos del tabaco o el mentol. En relación con los cigarrillos que están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A), el Grupo Especial formuló la constatación fáctica de que "prácticamente todos los cigarrillos de clavo de olor" importados en los Estados Unidos en los tres años anteriores a la prohibición procedían de Indonesia.⁴³² El Grupo Especial observó también que la "inmensa mayoría" de los cigarrillos de clavo de olor consumidos en los Estados Unidos procedían de Indonesia.⁴³³ Aunque los Estados Unidos declararon que "no ha[bían] podido obtener datos sobre cuota de mercado para todos los productos que no contienen clavo de olor prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A)"⁴³⁴, el Grupo Especial no halló pruebas de que esos productos tuvieran "alguna cuota de mercado significativa en los Estados Unidos antes de la aplicación de la prohibición en 2009".⁴³⁵ En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos confirmaron que los cigarrillos aromatizados distintos de los de clavo de olor prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A) "estuvieron en el mercado durante un período de tiempo relativamente corto y representaban una cuota de mercado relativamente pequeña".⁴³⁶

223. Con respecto a los cigarrillos que *no* están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A), el expediente demuestra que, en los años 2000 a 2009, entre el 94,3 y el 97,4 por ciento de todos los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos era de producción nacional⁴³⁷, y que los cigarrillos mentolados representaban en torno al 26 por ciento del total del mercado de cigarrillos estadounidense.⁴³⁸ La información del expediente también muestra que tres marcas nacionales

⁴³² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.26 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Indonesia al Grupo Especial, párrafo 18; a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 35; a *World Trade Atlas, United States - Imports, Clove Cigarette Market Share Data* (Prueba documental 100 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial); y a *World Trade Atlas, Indonesia Cigarette Exports to the United States, 1998-2009* (Prueba documental 134 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial)).

⁴³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.27. No obstante, el Grupo Especial fue capaz de señalar al menos una empresa estadounidense que fabricaba cigarrillos de clavo de olor antes de la entrada en vigor de la FSPTCA. (*Ibid.* (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 35))

⁴³⁴ Informe del Grupo Especial, nota 58 al párrafo 2.28.

⁴³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.28.

⁴³⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafo 43.

⁴³⁷ *Cigarettes: Domestic and Imported, 2000-2009* (Prueba documental 31 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial).

⁴³⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 27 (donde se hace referencia a la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, *Cigarette Report for 2006*, cuadro 1A (2009) (Prueba documental 29 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial); y a P.S. Gardiner, "The African Americanization of menthol cigarette use in the United States" (febrero de 2004) 6(1) *Nicotine & Tobacco Research* S55 (Prueba documental 30 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial))

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

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

225. Además, no estamos convencidos de que el efecto perjudicial del artículo 907(a)(1)(A) en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados efectivamente derive de una distinción reglamentaria legítima. Recordamos que el objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Una de las características particulares de los cigarrillos aromatizados, que los hace atractivos para los jóvenes, es la aromatización que enmascara la aspereza del tabaco, haciendo así más agradable comenzar a fumar que con cigarrillos ordinarios.⁴⁴⁰ En la medida en que esta característica en particular está presente tanto en los cigarrillos de clavo de olor como en los mentolados⁴⁴¹, los cigarrillos mentolados tienen la misma característica del producto que, desde la perspectiva del objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A), justificó la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. Además, las razones presentadas por los Estados Unidos para la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados no demuestran, a nuestro juicio, que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados efectivamente derive de una distinción reglamentaria legítima. Los Estados Unidos aducen que la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados tiene por objeto minimizar:

- i) la repercusión en el sistema de atención sanitaria estadounidense asociada con el tratamiento de "millones" de fumadores de cigarrillos mentolados afectados por síntomas de abstinencia; y
- ii) el riesgo de formación de un mercado negro y de contrabando de cigarrillos mentolados para

⁴³⁹ Véanse la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 29, y P.S. Gardiner, *"The African Americanization of menthol cigarette use in the United States"* (febrero de 2004) 6(1) *Nicotine & Tobacco Research* S55 (Prueba documental 30 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial), página 58.

⁴⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.216-7.221.

⁴⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.221 (donde se hace referencia a *"Use of Menthol Cigarettes"*, *The National Survey on Drug Use and Health Report*, 19 de noviembre de 2009 (Prueba documental 66 presentada por Indonesia al Grupo Especial); y a American Lung Association, *Tobacco Policy Trend Alert*, From Joe Camel to Kauai Kolada - the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes (2006) (Prueba documental 35 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial), página 1, que se puede consultar en <<http://slati.lungusa.org/reports/CandyFlavoredUpdatedAlert.pdf>>).

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

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

b) Artículo 11 del ESD

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴⁴ Comunicación del apelado presentada por Indonesia, párrafo 189.

⁴⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498; y el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 238.

⁴⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 96.

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

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

6. Conclusión sobre el "trato no menos favorable"

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

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

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

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

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

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

⁴⁴⁷ Decisión de 14 de noviembre de 2001, WT/MINT(01)/17, párrafo 5.2.

⁴⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.552.

VII. Constataciones y conclusiones

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

- a) Con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*:
 - i) confirma, aunque por razones distintas, la constatación que formula el Grupo Especial, en el párrafo 7.248 de su informe, de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
 - ii) constata que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores;
 - iii) confirma, aunque por razones distintas, la constatación que formula el Grupo Especial, en el párrafo 7.292 de su informe, de que, al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y eximir al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición, el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
 - iv) constata que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis del trato menos favorable; y, por consiguiente,
 - v) confirma, aunque por razones distintas, la constatación que formula el Grupo Especial, en los párrafos 7.293 y 8.1 b) de su informe, de que el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados similares de origen nacional; y
- b) Con respecto al párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*:

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

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

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

Shotaro Oshima
Presidente de la Sección

Ricardo Ramírez-Hernández
Miembro

Peter Van den Bossche
Miembro