



27 de octubre de 2014

(14-6237)

Página: 1/16

Original: inglés

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

COMUNICACIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

Se ha recibido del Presidente del Grupo Especial la siguiente comunicación, de fecha 22 de octubre de 2014, con el ruego de que se distribuya al Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

El 7 de mayo de 2014, Australia presentó al Grupo Especial una solicitud de resolución preliminar sobre la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania (WT/DS434/11) con el párrafo 2 del artículo 6 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

El 19 de agosto de 2014, el Grupo Especial dio traslado a las partes y a los terceros de la resolución preliminar adjunta.

Tras haber consultado con las partes en la diferencia, el Grupo Especial decidió informar al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) del contenido de su resolución preliminar. Por consiguiente, agradeceré que tenga a bien distribuir la presente carta y la resolución preliminar adjunta a los Miembros del OSD.

RESOLUCIÓN PRELIMINAR DEL GRUPO ESPECIAL

1 ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTO	2
2 SOLICITUD DE RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR AUSTRALIA.....	2
3 INTRODUCCIÓN DE NUEVAS ALEGACIONES EN LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL	3
3.1 Principales argumentos de las partes.....	3
3.1.1 Australia.....	3
3.1.2 Ucrania	6
3.2 Principales argumentos de los terceros	8
3.3 Evaluación realizada por el Grupo Especial	11
3.3.1 Relación entre las alegaciones que figuran en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial	11
3.3.2 La cuestión de si las alegaciones adicionales formuladas por Ucrania al amparo del artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC modifican la esencia de la reclamación	13
4 IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RECLAMACIÓN	16

1 ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTO

1.1. El 7 de mayo de 2014, Australia presentó al Grupo Especial una solicitud de resolución preliminar en relación con la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania con el ESD.

1.2. Australia solicitó que el Grupo Especial formulara una resolución sobre estas cuestiones lo antes posible (y, en particular, que el Grupo Especial emitiera su resolución preliminar antes de que las partes presentaran sus primeras comunicaciones escritas). Australia también solicitó la oportunidad de responder a cualesquiera comunicaciones que presentara Ucrania en relación con esta solicitud de resolución preliminar.

1.3. Ucrania respondió a las solicitudes de Australia el 11 de junio de 2014. En esa misma fecha, el Grupo Especial dio a los terceros la oportunidad de formular observaciones sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia. El 17 de junio de 2014, el Grupo Especial recibió las observaciones de la Unión Europea. El 18 de junio de 2014, el Grupo Especial recibió las observaciones de la Argentina, el Brasil, el Canadá, Guatemala, Honduras y la República Dominicana.

1.4. El 1º de julio de 2014, el Grupo Especial recibió las observaciones formuladas por Australia sobre la respuesta de Ucrania a su solicitud de resolución preliminar. El 8 de julio el Grupo Especial recibió las observaciones formuladas por Ucrania sobre las observaciones de Australia.

2 SOLICITUD DE RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR AUSTRALIA

2.1. Australia solicita al Grupo Especial que formule una resolución preliminar en el sentido de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania es incompatible con las prescripciones del ESD con respecto a la alegación que formula al amparo del artículo I del GATT de 1994. Australia esgrime este argumento basándose en dos fundamentos subsidiarios:

- a. la alegación formulada por Ucrania al amparo del artículo I no fue incluida en la solicitud de celebración de consultas presentada por Ucrania y su inclusión en la

solicitud de establecimiento de un grupo especial constituye una ampliación indebida del ámbito de la diferencia.

- b. Subsidiariamente, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania no se hace una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

2.2. Australia aduce también que, si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania se pretende incluir una alegación de nación más favorecida al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, esta alegación también debería ser excluida del mandato del Grupo Especial.

2.3. Examinaremos en primer lugar la solicitud de resolución presentada por Australia respecto de la introducción de nuevas alegaciones en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, y seguidamente su solicitud de resolución basada en si en la solicitud de Ucrania de establecimiento de un grupo especial se presenta el problema con claridad, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

3 INTRODUCCIÓN DE NUEVAS ALEGACIONES EN LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL

3.1. Australia aduce en primer lugar que las alegaciones de nación más favorecida (NMF) formuladas por Ucrania al amparo del artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no se han sometido debidamente al Grupo Especial porque su inclusión en la solicitud de establecimiento de un grupo especial constituye una ampliación indebida del ámbito de la diferencia.

3.2. Describimos en primer lugar los argumentos de las partes y de los terceros antes de pasar a evaluar la solicitud de Australia.

3.1 Principales argumentos de las partes

3.1.1 Australia

3.3. Australia sostiene que, como parte demandada, tiene derecho a conocer las alegaciones a las que tiene que responder. Afirma que las deficiencias de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania han perjudicado, y siguen perjudicando, la preparación de la defensa de Australia, vulnerando de ese modo su "derecho fundamental al debido proceso en las presentes actuaciones".¹

3.4. Australia sostiene que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania "se plantea una alegación fundamentalmente nueva que no se identificó en su solicitud de celebración de consultas".² Observa que "Ucrania alega ahora en su solicitud de establecimiento de un grupo especial que la medida de Australia es incompatible con el artículo I del GATT de 1994 -la obligación de nación más favorecida-".³ Australia sostiene también que "[n]o está claro si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania también se pretende alegar que la medida de Australia es incompatible con la prescripción de nación más favorecida establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (en particular teniendo en cuenta que Ucrania no ha presentado una alegación paralela de nación más favorecida al amparo del artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC)".⁴ Australia observa que, "[e]n su solicitud de celebración de consultas, Ucrania había delimitado su alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a la supuesta incompatibilidad de la medida de Australia con 'la prescripción de trato

¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 4.

² Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafos 11-13.

³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 13.

⁴ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 13.

nacional enunciada en [el párrafo 1 del artículo 2], al no brindar iguales oportunidades de competencia a los productos de tabaco importados y los titulares extranjeros de derechos de marcas de fábrica o de comercio que a los productos de tabaco y los titulares de derechos de marcas de fábrica o de comercio nacionales similares".⁵ Australia observa asimismo que "en las declaraciones que Ucrania hizo ante el Órgano de Solución de Diferencias cuando solicitó el establecimiento de un grupo especial sobre este asunto, se refirió expresamente a su alegación de trato nacional, pero no mencionó ninguna reclamación respecto de las obligaciones de nación más favorecida de Australia".⁶

3.5. Australia aduce que la adición por Ucrania de una alegación de nación más favorecida en su solicitud de establecimiento de un grupo especial "sorprendió a Australia"⁷ porque Ucrania no planteó ninguna preocupación a Australia en relación con las obligaciones de nación más favorecida en el curso de las consultas celebradas el 12 de abril de 2012. En el período de casi 18 meses transcurrido desde abril de 2011, cuando Australia notificó su medida a la OMC, hasta agosto de 2012, cuando Ucrania presentó su solicitud de establecimiento, este país no planteó a Australia ninguna preocupación de que la medida de empaquetado genérico del tabaco fuera incompatible con las obligaciones de nación más favorecida de Australia.⁸ Australia sostiene que no se le dio la oportunidad de mantener consultas con Ucrania sobre su alegación de nación más favorecida, ni de evaluar si podía ser objeto de una solución mutuamente convenida, antes de que Ucrania recurriera a nuevas medidas de solución de diferencias.

3.6. Australia aduce que Ucrania ha intentado presentar su "nueva" alegación de nación más favorecida en su solicitud de establecimiento de un grupo especial "mezclándola con la alegación inicial que formuló Ucrania en su solicitud de celebración de consultas de que la medida de Australia es incompatible con sus obligaciones de trato nacional". Australia sostiene que la inclusión de esta alegación jurídica fundamentalmente nueva "amplía claramente el alcance de la presente diferencia y modifica la esencia de la reclamación que Ucrania planteó en las consultas".⁹ Observa que las obligaciones de nación más favorecida y de trato nacional no solamente son distintas, sino que constituyen pilares separados del sistema multilateral de comercio y están dirigidas a abordar comportamientos fundamental o esencialmente diferentes.¹⁰ Además, Australia aduce que en una alegación de trato menos favorable *entre* los productos importados de "determinados países" en comparación con los de "otros países" surgen cuestiones probatorias y jurídicas esencialmente diferentes que en una alegación de trato menos favorable de los productos importados de un reclamante en comparación con los productos *nacionales*.¹¹

3.7. Australia observa que no sostiene que la solicitud de celebración de consultas de Ucrania y su solicitud de establecimiento de un grupo especial deban compartir una "identidad precisa y exacta", sino más bien que "la inclusión por parte de Ucrania en su solicitud de establecimiento de un grupo especial de una nueva alegación de nación más favorecida que no fue planteada en su solicitud de celebración de consultas, ni en el curso de las consultas, amplía indebidamente el ámbito de la presente diferencia y modifica la esencia de la reclamación contra Australia planteada en las consultas".¹² Australia solicita que "el Grupo Especial excluya de su mandato la nueva

⁵ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 13 (donde se cita la solicitud de celebración de consultas presentada por Ucrania). (las cursivas figuran en el original)

⁶ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 13 (donde se citan las declaraciones realizadas por Ucrania en la reunión del Órgano de Solución de Diferencias el 31 de agosto de 2012 (WT/DSB/M/321, 7 de noviembre de 2012, párrafo 78) y el 28 de septiembre de 2012 (WT/DSB/M/322, 23 de noviembre de 2012, párrafo 67)).

⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 14.

⁸ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 14 (donde se cita la notificación presentada por Australia al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, 8 de abril de 2011, G/TBT/N/AUS/67).

⁹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 15.

¹⁰ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 16.

¹¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 17.

¹² Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 18.

alegación jurídica de Ucrania de que la medida de Australia es incompatible con la obligación de nación más favorecida que le impone el artículo I del GATT de 1994" para "impedir que se frustren el objeto y fin del ESD y para garantizar que se apliquen las debidas garantías de procedimiento en la presente diferencia". También solicita por las mismas razones que, en caso de que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania se pretenda incluir una alegación de nación más favorecida al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, esta alegación también sea excluida del mandato del Grupo Especial.¹³

3.8. Australia señala que Ucrania aduce que la adición de alegaciones de NMF a su solicitud de establecimiento de un Grupo Especial "simplemente se derivó de" las alegaciones de *trato nacional* de Ucrania y no ha modificado la esencia de esas alegaciones.¹⁴ Australia responde que Ucrania intenta ocultar el hecho de que las obligaciones de NMF y de trato nacional constituyen obligaciones independientes y jurídicamente diferentes. Aunque ambas prohíben el trato discriminatorio, Australia aduce que es evidente que cada obligación tiene una naturaleza o "esencia" diferente porque estas obligaciones prohíben formas diferentes de trato discriminatorio, y las alegaciones de infracción se determinan sobre fundamentos de hecho y de derecho diferentes tomando como referencia distintos puntos de comparación.¹⁵

3.9. Australia aduce que "el objetivo fundamental de la obligación de trato nacionales es evitar el proteccionismo" y que por consiguiente la "esencia" de una alegación de trato nacional en el marco del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC se refiere a la medida en que un Miembro discrimina entre los productos importados y los productos nacionales similares para favorecer la producción nacional. Sostiene que el fundamento de hecho y de derecho de una alegación de trato nacional en el marco de estos Acuerdos exige por tanto que se compare el trato concedido a los productos importados y el concedido a los productos nacionales similares para determinar si se ha concedido un trato menos favorable a los productos importados frente a los productos nacionales. Australia respalda la afirmación de la Unión Europea de que la "esencia" de una alegación de trato nacional es la diferencia sustantiva entre el trato que se da a cada grupo de productos, no alguno de los elementos de comparación considerado aisladamente.¹⁶

3.10. Australia aduce que el objetivo fundamental de la obligación de NMF es, en cambio, evitar el trato preferencial a determinados interlocutores comerciales sobre otros y que, por consiguiente, la esencia de una alegación de NMF en el marco del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC se refiere a la medida en que un Miembro discrimina entre sus interlocutores comerciales respecto de productos similares para favorecer a los productos de un determinado país. Sostiene que el fundamento de hecho y de derecho de una alegación de NMF en el marco de estos Acuerdos exige por tanto que se compare el trato concedido a los productos de un Miembro y el concedido a los productos de cualquier otro país para determinar si se ha concedido un trato menos favorable a los productos de un Miembro frente a los de otro interlocutor comercial. Australia afirma que la "esencia" de una alegación de NMF es la *diferencia* sustantiva *entre* el trato que se concede a cada grupo de productos, no alguno de los elementos de comparación considerado aisladamente.¹⁷

3.11. Australia está de acuerdo con la explicación de la Unión Europea de que mientras que una alegación de trato nacional y una alegación de NMF pueden tener en común un elemento de comparación (es decir, el trato concedido a los productos importados del Miembro reclamante), de ello no se deduce que la esencia de las alegaciones sea la misma.¹⁸ Observa que, en el contexto de esta diferencia, no está claro si las alegaciones de trato nacional de Ucrania y sus nuevas

¹³ Solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 18.

¹⁴ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 8.

¹⁵ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 9 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.79).

¹⁶ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 10 (donde se citan las observaciones de la Unión Europea sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 18).

¹⁷ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 11 (donde se citan las observaciones de la Unión Europea sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 19).

¹⁸ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 12 (donde se citan las observaciones de la Unión Europea sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 20).

alegaciones de NMF tendrían siquiera en común este elemento de comparación (es decir, el trato concedido a los productos importados de Ucrania), ya que Ucrania no exporta productos de tabaco a Australia.¹⁹

3.12. Australia aduce también que, a diferencia de lo que afirma Ucrania, "la naturaleza precisa de las obligaciones de trato nacional y de NMF es evidente a pesar de que ambas obligaciones figuran en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".²⁰ Aunque esto no significa que una única medida no pueda dar lugar a infracciones de ambas obligaciones, esa infracción concurrente "solamente puede surgir en circunstancias en que una medida concede un trato menos favorable a determinados productos importados que el concedido a productos nacionales similares y a productos similares originarios de otros países".²¹ Es decir, debido a las diferencias "esenciales" entre estas dos obligaciones, la determinación de si una medida incumple la obligación de trato nacional es una labor jurídica y fácticamente separada y distinta de la determinación de si una medida incumple la obligación de NMF: el incumplimiento de una obligación no presupone ni establece un incumplimiento de la otra. Por consiguiente, las diferencias se refieren normalmente sólo a una de estas obligaciones, incluso las diferencias en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²²

3.13. Australia añade que, contrariamente a la doctrina del Órgano de Apelación, "una constatación a favor de Ucrania significaría que cualquier reclamante que tenga intención de plantear alegaciones de trato nacional y de NMF solamente tendría que indicar una de esas alegaciones en la solicitud de celebración de consultas, permitiendo la adición posterior de la otra alegación a la solicitud de establecimiento de un grupo especial sin ninguna oportunidad de que se celebren consultas sobre esta nueva alegación".²³

3.1.2 Ucrania

3.14. Ucrania solicita al Grupo Especial que rechace la solicitud de Australia y constate que todas las alegaciones presentadas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial están debidamente comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Aduce que su solicitud de establecimiento de un grupo especial no amplía el ámbito del asunto sometido al Grupo Especial más allá de lo previsto en la solicitud de celebración de consultas.

3.15. Ucrania observa que, de conformidad con el artículo 7 del ESD, el mandato de los grupos especiales se rige por la solicitud de establecimiento de un grupo especial, no por la solicitud de celebración de consultas.²⁴ Observa que aunque es importante que se celebren consultas sobre el asunto tratado en la solicitud de establecimiento, está firmemente establecido que no es necesario que haya una identidad precisa y exacta entre las alegaciones identificadas en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.²⁵

3.16. Ucrania aduce también que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD, en la solicitud de celebración de consultas "solamente hay que identificar la medida en litigio y dar 'una indicación' de los fundamentos jurídicos de la reclamación", y que lo importante es que la medida identificada en la solicitud de establecimiento sea "esencialmente la misma que la medida sobre la

¹⁹ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 12.

²⁰ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 13.

²¹ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 14 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 299). (las cursivas figuran en el original)

²² Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 14.

²³ Observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 16.

²⁴ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 4 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono*, párrafo 124).

²⁵ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 4 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, párrafo 293).

que se celebraron consultas".²⁶ A juicio de Ucrania, las alegaciones formuladas en una solicitud de establecimiento de un grupo especial no tienen que limitarse a las identificadas en la solicitud de celebración de consultas, siempre que no se haya modificado la esencia de la reclamación ampliando el ámbito de la diferencia.²⁷ Sostiene que los Miembros disponen de cierta flexibilidad al formular reclamaciones en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial con posterioridad a las consultas.²⁸ Por consiguiente, el reclamante tiene derecho a revisar la enumeración de las disposiciones de los tratados con las que se alega que la medida es incompatible, incluso añadiendo nuevas disposiciones a la solicitud de establecimiento de un grupo especial que no figuraban en la solicitud de celebración de consultas.²⁹ Ucrania sostiene además que precisamente uno de los objetivos de las consultas es entender mejor la medida y sus consecuencias jurídicas y prácticas, de tal manera que es "lógico que los fundamentos jurídicos de la reclamación puedan evolucionar más allá de los de la solicitud de celebración de consultas".

3.17. Ucrania aduce que la referencia al artículo I del GATT de 1994 y al aspecto relativo a la NMF del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no ha modificado la esencia de su reclamación ni ha ampliado el ámbito de la diferencia. Sostiene en cambio que estas alegaciones se derivaron de las alegaciones de no discriminación contenidas en la solicitud de celebración de consultas. Afirma que la esencia de su alegación, como se recoge tanto en la solicitud de celebración de consultas como en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, es (entre otras cosas) que las medidas australianas infringen la prescripción de no discriminación del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC al no brindar iguales oportunidades de competencia a determinados productos de tabaco importados. Ucrania aduce que los artículos I y III del GATT de 1994 imponen a los Miembros de la OMC obligaciones fundamentales de no discriminación.³⁰ Además, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (al que Ucrania hizo referencia en sus solicitudes de celebración de consultas y de establecimiento de un grupo especial), incluye "ambos tipos" de no discriminación (es decir, obligaciones de NMF y de trato nacional). Ucrania observa además que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es una obligación general de "no discriminación"³¹ y que, en *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación no precisó si el perjuicio causado por la medida en litigio se refería a los productos nacionales, a otros productos importados o a ambos.³²

3.18. Ucrania aduce que, por consiguiente, "Ucrania simplemente ha aclarado la naturaleza de su alegación de no discriminación y no ha modificado la esencia de su reclamación de discriminación como consecuencia del trato menos favorable concedido a determinados productos importados". Sostiene que las alegaciones de NMF que figuran en la solicitud de establecimiento de un grupo especial "se derivan de forma natural y están intrínsecamente relacionadas con" las alegaciones que ya estaban incluidas en la solicitud de celebración de consultas y que fueron objeto de las consultas".³³

²⁶ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 5 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132).

²⁷ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 6 (donde se citan el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 138; y los informes de los Grupos Especiales, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 7.115; *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 7.24; y *China - Productos de pollo de engorde*, párrafo 7.223).

²⁸ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 5 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 136).

²⁹ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 6 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 138).

³⁰ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 7 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.82).

³¹ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 8 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 93).

³² Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 8 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298).

³³ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 9.

3.19. Ucrania indica además que Australia no niega que las medidas identificadas en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial son las mismas y que no puede discutirse que Ucrania incluyó alegaciones de trato menos favorable en su solicitud de celebración de consultas y en la de establecimiento de un grupo especial, incluso con referencia al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sostiene por tanto que solamente agregó una referencia de aclaración al artículo I del GATT de 1994 en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, y que no ha ampliado el ámbito de la reclamación ni ha modificado su esencia. Ucrania aduce que Australia pide al Grupo Especial que imponga un "enfoque indebidamente rígido" a la solicitud de establecimiento, que en la práctica convertiría la solicitud de celebración de consultas "en el documento que rige el mandato de la diferencia". Sostiene que tal enfoque no está respaldado por los artículos 6 o 7 del ESD ni por la jurisprudencia de la OMC.³⁴

3.2 Principales argumentos de los terceros

3.20. La **Argentina** sostiene que, "como regla general", en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial no se deben incluir disposiciones de los acuerdos abarcados que no se incluyeron en la correspondiente solicitud de celebración de consultas y que por lo tanto no fueron objeto de consultas. Afirma que, al incluir el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, Ucrania está introducido "una cuestión totalmente nueva que ... debería haber sido objeto de consultas" porque "la disposición ... no contiene una descripción más detallada de otra norma invocada anteriormente, sino que se trata de una disposición central y sustantiva del sistema multilateral de comercio que habría merecido una atención adecuada en el proceso de consultas".³⁵ La Argentina añade que aunque una solicitud de establecimiento de un grupo especial puede contener determinadas disposiciones jurídicas no identificadas en la solicitud de celebración de consultas como parte de la "evolución natural del proceso de consultas", dicho proceso natural debe estar limitado por la necesidad de proteger el derecho de la parte demanda al debido proceso y su derecho de defensa.³⁶

3.21. El **Brasil**³⁷ sostiene que, para cumplir las condiciones sustantivas del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se deben identificar las medidas objeto de la diferencia y se debe hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de las alegaciones. Estas dos prescripciones establecen los límites de la jurisdicción de los órganos resolutorios de la OMC, pero también proporcionan a las partes y los terceros suficiente información sobre la reclamación para poder responder a las alegaciones del reclamante. El Brasil añade que después de entender mejor el funcionamiento de la medida en litigio, el reclamante puede añadir nuevas alegaciones a la solicitud de establecimiento de un grupo especial siempre que esas alegaciones no modifiquen la esencia de la diferencia.³⁸

3.22. El **Canadá** aduce que los grupos especiales deben actuar con cautela para determinar si una solicitud de establecimiento amplía indebidamente el ámbito de la diferencia o modifica la esencia de la reclamación planteada en las consultas. Una interpretación restringida de lo que constituye una ampliación de la diferencia o una modificación de la esencia de la reclamación podría llevar a los reclamantes a invocar una lista innecesariamente larga de disposiciones en las solicitudes de celebración de consultas y podría dar lugar a que las consultas se redujeran a una labor superficial que frustraría la posibilidad de definir y delimitar el ámbito de la diferencia. El Canadá aduce también que una interpretación excesivamente amplia de lo que constituye una ampliación de la diferencia o una modificación de la esencia de la reclamación podría dar lugar a que los reclamantes no consignaran alegaciones en la solicitud de celebración de consultas solamente para incluirlas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial para obtener una ventaja estratégica sobre la parte demandada. Ese resultado socavaría el debido proceso. El Canadá pide al Grupo Especial que examine detenidamente cuál es la mejor forma de equilibrar los

³⁴ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 10.

³⁵ Observaciones de la Argentina en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 28 y 29.

³⁶ Observaciones de la Argentina en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 30.

³⁷ Observaciones del Brasil en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 2.

³⁸ Observaciones del Brasil en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 3-8.

intereses en juego y preservar la flexibilidad necesaria para el funcionamiento adecuado del procedimiento de solución de diferencias.³⁹

3.23. La **República Dominicana** coincide con Ucrania en que sus alegaciones de NMF representan la evolución razonable de las alegaciones de trato nacional que figuran en la solicitud de celebración de consultas, dado el objetivo fundamental que comparten los dos tipos de obligaciones de no discriminación. Menciona la observación que hizo el Órgano de Apelación de que "el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III [del GATT de 1994], ... se ocupa[n] [cada uno], fundamentalmente, de prohibir la medidas discriminatorias al exigir, en el contexto del párrafo 1 del artículo I, igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de todos los Miembros y, en el contexto del párrafo 4 del artículo III, igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados y los productos nacionales similares".⁴⁰ Por consiguiente, la República Dominicana considera lógico que Ucrania, después de las consultas con Australia, opine que también afectan a la igualdad de oportunidades de competencia entre los productos importados similares, además de causar oportunidades de competencia dispares entre los productos importados y los productos nacionales similares. Observa también que, dadas las similitudes fundamentales en la naturaleza de estas alegaciones, no puede decirse que la inclusión de alegaciones de NMF "modifique la esencia" de la reclamación de Ucrania.⁴¹

3.24. La República Dominicana indica asimismo que el párrafo 6 del artículo 4 del ESD protege la confidencialidad de las consultas y que, por tanto, el Grupo Especial debería resolver las objeciones preliminares planteadas por Australia sin hacer ninguna referencia al contenido de las consultas en las diferencias respectivas.⁴²

3.25. La **Unión Europea** sostiene que, con respecto al artículo I del GATT de 1994 y al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (con respecto a la NMF) y a la relación entre la solicitud de celebración de consultas y la solicitud de establecimiento de un grupo especial, "la posición de Ucrania ... depende de caracterizar lo que ha sucedido como una 'evolución' que no modifica la 'esencia' del asunto".⁴³

3.26. La Unión Europea observa que en una alegación de discriminación respecto del trato nacional la medida en litigio es la diferencia sustantiva entre el trato que se da a los productos nacionales y el que se da a los productos importados. La medida en litigio no es el trato concedido a los productos nacionales aisladamente; ni el trato que se da a los productos importados aisladamente. Por consiguiente, la "esencia" del asunto es la diferencia sustantiva, no alguno de los elementos de comparación considerados aisladamente.⁴⁴ En una alegación de NMF la esencia del asunto es la diferencia sustantiva entre el trato concedido a los productos procedentes de un Miembro y el que se concede a los productos procedentes de otro Miembro, no alguno de los elementos de comparación considerado aisladamente.⁴⁵ Así pues, a juicio de la Unión Europea, aunque una alegación de trato nacional y una alegación de NMF pueden tener un elemento de comparación en común (en particular el trato que se da a los productos importados del Miembro reclamante), de ello no se deduce que la esencia de las alegaciones sea la misma (y las justificaciones presentadas para esas medidas pueden ser muy diferentes). La Unión Europea observa también que, si Ucrania tiene razón, significaría que entre una solicitud de celebración de consultas y una solicitud de establecimiento de un grupo especial cualquier alegación de trato

³⁹ Observaciones del Canadá en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 9.

⁴⁰ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 27 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.82, y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 93).

⁴¹ Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 28.

⁴² Observaciones de la República Dominicana en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 29.

⁴³ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 16.

⁴⁴ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 17 y 18.

⁴⁵ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 19.

nacional al amparo de cualquier acuerdo abarcado podría "convertirse" en una alegación de NMF al amparo del mismo acuerdo abarcado o de cualquier otro y viceversa.⁴⁶

3.27. La Unión Europea observa además que la alegación de Ucrania parece ser una alegación *de facto*, y aunque es posible que el Miembro reclamante presente alegaciones de infracción *de facto* del artículo I del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, esas alegaciones no se deben formular ni aceptar a la ligera. La Unión Europea previene por tanto contra la presunción general de que se puede considerar que las alegaciones *de facto* o las alegaciones contra medidas no escritas "se derivan" de otras alegaciones formuladas al amparo de otras disposiciones.⁴⁷ La Unión Europea también formula varias observaciones para respaldar el argumento de que la cuestión de si una alegación de trato nacional incluida en una solicitud de celebración de consultas puede o no "convertirse" en una alegación de NMF en una solicitud de establecimiento de un grupo especial es algo que puede depender de todas las circunstancias de hecho que rodean un caso concreto.⁴⁸ En este caso concreto, la Unión Europea no se pronuncia sobre la cuestión de si concurren o no esas circunstancias. Sostiene en cambio que, si el Grupo Especial estuviera de acuerdo con Australia, podría aplicar el principio de economía procesal con respecto a la cuestión de si Ucrania identifica los fundamentos de derecho de la reclamación.⁴⁹

3.28. **Guatemala** observa que Ucrania no se refirió en su solicitud de celebración de consultas a las obligaciones de "no discriminación" en general, sino que de hecho limitó sus alegaciones a la cuestión del trato nacional. Guatemala afirma que le resulta difícil entender cómo una alegación limitada al trato nacional puede convertirse en una alegación que incluye la obligación de NMF ya que aunque las obligaciones de trato nacional y de NMF se refieren al concepto de "no discriminación", las alegaciones fundadas en esas obligaciones son sustancialmente diferentes.⁵⁰ Sostiene no obstante que la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia es prematura ya que es difícil evaluar en este momento si Australia "ha sufrido perjuicio", dado que Ucrania ni siquiera ha tenido la oportunidad de presentar su primera comunicación escrita y exponer con detalle sus alegaciones. Guatemala considera que sería adecuado aplazar la emisión de una resolución sobre esta objeción hasta un momento posterior en el curso del procedimiento.⁵¹

3.29. **Honduras** aduce que se puede considerar que las alegaciones de NMF de Ucrania se han derivado razonablemente de la alegación de trato nacional que se enumeró en su solicitud de celebración de consultas, ya que existe una estrecha proximidad sustantiva entre las obligaciones de trato nacional y de NMF. Concretamente, Honduras aduce que las dos reclamaciones conllevan alegaciones de discriminación (que Honduras precisa como distinciones injustificadas entre grupos de productos y trato diferenciado entre esos grupos); ambas alegaciones exigen etapas analíticas similares; y las dos alegaciones son sustantivamente tan similares que los redactores de los Acuerdos OTC y MSF incluyeron ambas alegaciones en la misma frase en una disposición (es decir, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF), indicando con ello que los redactores no consideraron que las dos alegaciones tengan una esencia fundamentalmente diferente.⁵² Añade que la esencia de las alegaciones de Ucrania es que las medidas australianas incumplen la obligación de no discriminación prevista en el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, de modo que Ucrania simplemente aclaró la naturaleza de su alegación de no discriminación en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.⁵³

⁴⁶ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 21.

⁴⁷ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 22.

⁴⁸ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 23-29.

⁴⁹ Observaciones de la Unión Europea en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 32.

⁵⁰ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 3.1-3.4.

⁵¹ Observaciones de Guatemala en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 3.7.

⁵² Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafos 29-32.

⁵³ Observaciones de Honduras en calidad de tercero sobre las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por Australia, párrafo 33.

3.3 Evaluación realizada por el Grupo Especial

3.30. La cuestión que tenemos que examinar en esta ocasión es si las alegaciones formuladas por Ucrania al amparo del artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (en relación con el trato NMF) se nos han sometido debidamente o si, como solicita Australia, deberíamos excluirlas de nuestro examen sobre la base de que no están debidamente comprendidas en nuestro mandato porque no fueron objeto de consultas.

3.31. El fundamento de esta parte de la solicitud de Australia es el hecho de que estas alegaciones no se incluyeron en la solicitud de celebración de consultas de Ucrania. La cuestión que se nos plantea se refiere por tanto a la relación entre la solicitud de celebración de consultas y la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Examinaremos en primer lugar esta cuestión, y las disposiciones jurídicas aplicables, antes de evaluar la solicitud de Australia a la luz de estas prescripciones.

3.3.1 Relación entre las alegaciones que figuran en la solicitud de celebración de consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial

3.32. Observamos en primer lugar que nuestro mandato, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, es el siguiente:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Ucrania en el documento WT/DS434/11, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.⁵⁴

3.33. Nuestro mandato está por tanto definido tomando como referencia la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania.

3.34. Como ha descrito el Órgano de Apelación, en virtud del artículo 7 del ESD el mandato de los grupos especiales se rige por la solicitud de su establecimiento, y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD establece las prescripciones aplicables a esas solicitudes.⁵⁵ A su vez el párrafo 2 del artículo 6 dispone lo siguiente:

Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas *se indicará si se han celebrado consultas*, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. (sin cursivas en el original)

3.35. Observamos que aunque el párrafo 2 del artículo 6 obliga al reclamante a indicar en su solicitud de establecimiento de un grupo especial "si se han celebrado consultas", no exige que las medidas y alegaciones identificadas en la solicitud de establecimiento como fundamento de la reclamación sean *idénticas* a las identificadas en la solicitud de celebración de consultas. El párrafo 4 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 6 se refieren ambos a la identificación de las medidas y alegaciones en litigio, pero no imponen exactamente las mismas prescripciones a este respecto: de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 las solicitudes de celebración de consultas deben incluir una "*indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación*", mientras que en la posterior solicitud de establecimiento de un grupo especial se deben "*identificar[] las medidas concretas en litigio y ... ha[cer] una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación*". (sin cursivas en el original)

3.36. Como ha descrito el Órgano de Apelación, "los artículos 4 y 6 ... establecen un proceso mediante el cual una parte reclamante debe solicitar la celebración de consultas, y deben celebrarse las consultas antes de poder remitir un asunto al OSD a efectos del establecimiento de un grupo especial".⁵⁶ Como también ha aclarado el Órgano de Apelación, cabe esperar que la información obtenida durante las consultas pueda permitir al reclamante circunscribir el ámbito del

⁵⁴ Constitución del Grupo Especial establecido a petición de Ucrania, comunicación de la Secretaría, WT/DS434/13.

⁵⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafos 124 y 125.

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 131.

asunto con respecto al cual solicita el establecimiento de un grupo especial.⁵⁷ A este respecto, señalamos la observación que hizo el Órgano de Apelación en *México - Medidas antidumping sobre el arroz* respecto de la expresión "*legal basis*" ("fundamentos jurídicos" o "fundamentos de derecho") que se utiliza en el párrafo 4 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD:

No obstante, de la utilización de la misma expresión en ambas disposiciones no se desprende que las alegaciones formuladas en el momento de la solicitud de establecimiento del grupo especial hayan de ser idénticas a las indicadas en la solicitud de celebración de consultas. De hecho, en lugar de adoptar ese enfoque rígido, consideramos que el mecanismo de solución de diferencias, que exige en general que la solicitud de establecimiento de un grupo especial haya sido precedida de consultas, deja a los Miembros un cierto margen de flexibilidad al formular posteriormente reclamaciones en una solicitud de establecimiento de un grupo especial.⁵⁸

3.37. Señalamos también la siguiente declaración del Órgano de Apelación:

Interpretar ... que el ESD limita los fundamentos de derecho expuestos en la solicitud de establecimiento del grupo especial a lo indicado en la solicitud de celebración de consultas, equivaldría a prescindir de una importante razón de ser de la prescripción que obliga a celebrar consultas, el intercambio de información necesario para aclarar los perfiles de la diferencia, que se establecen posteriormente en la solicitud de establecimiento del grupo especial. Habida cuenta de ello, consideramos que no es necesario que las disposiciones a las que se hace referencia en la solicitud de celebración de consultas sean idénticas a las enunciadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, siempre que *pueda decirse razonablemente* que los "fundamentos de derecho" de la solicitud de establecimiento de un grupo especial *se derivan de los "fundamentos jurídicos" que configuraron el objeto de las consultas*. Dicho de otra forma, *es preciso que la adición de otras disposiciones no tenga por efecto la modificación de la esencia de la reclamación*.⁵⁹ (sin cursivas en el original)

3.38. En resumen, el ESD no exige una "identidad precisa y exacta"⁶⁰ entre las medidas o alegaciones identificadas en la solicitud de celebración de consultas y las identificadas en la posterior solicitud de establecimiento del grupo especial y es legítimo que las alegaciones que constituyen los fundamentos de derecho de la reclamación evolucionen como consecuencia de las consultas. No obstante, es preciso que las alegaciones que se añaden a la solicitud de establecimiento del grupo especial "no tenga[n] por efecto la modificación de la esencia de la reclamación".⁶¹ No sucederá así si puede decirse razonablemente que esas alegaciones adicionales se han derivado de los fundamentos jurídicos identificados en la solicitud de celebración de consultas.

3.39. Observamos que las dos partes se han referido a las resoluciones antes indicadas en su análisis de esta cuestión y que, como observa Australia, el marco jurídico para abordar las solicitudes de Australia respecto de "nuevas alegaciones" no parece ser controvertido.⁶² Sin embargo, las partes no están de acuerdo sobre la cuestión de si, en las circunstancias de la presente diferencia, las alegaciones adicionales de Ucrania tienen por efecto modificar la esencia de la reclamación.

3.40. Teniendo presentes estas consideraciones, examinamos a continuación la cuestión de si las alegaciones adicionales presentadas por Ucrania en su solicitud de establecimiento del grupo especial tienen por efecto la "modificación de la esencia de la reclamación".

⁵⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 136.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 138.

Observamos que a esta resolución hicieron referencia posteriormente los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *China - Publicaciones y productos audiovisuales* (párrafo 7.115), *CE - Elementos de fijación (China)* (párrafo 7.24), *China - Productos de pollo de engorde* (párrafo 7.223) y *UE - Calzado* (párrafo 7.61).

⁶⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 138.

⁶² Véanse las observaciones de Australia sobre las respuestas a sus solicitudes de resoluciones preliminares, párrafo 5.

3.3.2 La cuestión de si las alegaciones adicionales formuladas por Ucrania al amparo del artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC modifican la esencia de la reclamación

3.41. Como se indica *supra*, aunque el ESD no exige una "identidad precisa" entre el asunto identificado en la solicitud de celebración de consultas y el identificado en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, cabe esperar que las alegaciones identificadas en la solicitud de establecimiento se refieran esencialmente al mismo asunto, de modo que no se modifique la "esencia de la reclamación".

3.42. La solicitud de celebración de consultas presentada por Ucrania incluía las siguientes alegaciones:

[E]l párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ya que las medidas no respetan la prescripción de trato nacional enunciada en esas disposiciones, al no brindar iguales oportunidades de competencia a los productos de tabaco importados y los titulares extranjeros de derechos de marcas de fábrica o de comercio que a los productos de tabaco y los titulares de derechos de marcas de fábrica o de comercio nacionales similares.⁶³

3.43. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial Ucrania modificó la formulación del párrafo pertinente como sigue:

[E]l artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ya que las medidas no respetan las prescripciones de *no discriminación* establecidas en esas disposiciones al *conceder a los productos importados de determinados países un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen australiano y a productos similares originarios de otros países y, de esa manera, no brindar iguales oportunidades de competencia a todos los productos de tabaco del mismo modo y a todos los titulares de derechos de marcas de fábrica o de comercio extranjeros del mismo modo*, en comparación con productos de tabaco nacionales e *importados* similares y titulares de derechos de marcas de fábrica o de comercio similares.⁶⁴ (sin cursivas y sin subrayar en el original)

3.44. Como se explica *supra*, Australia considera que las disposiciones adicionales en cuestión introducen obligaciones nuevas y distintas en el ámbito de la diferencia de las que Australia no fue informada antes de la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Aduce que las obligaciones de trato nacional y de NMF son distintas, "constituyen pilares separados del sistema multilateral de comercio y están dirigidas a abordar comportamientos fundamental o 'esencialmente' diferentes". Aduce además que en una alegación de trato menos favorable entre los productos importados de "determinados países" en comparación con "otros países" surgen cuestiones probatorias y jurídicas esencialmente diferentes que en una alegación relativa a los productos importados de un reclamante en comparación con los productos nacionales. Ucrania responde que los artículos I y III del GATT de 1994 imponen a los Miembros de la OMC obligaciones fundamentales de no discriminación y que, como señaló el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, a pesar de las diferencias de texto, cada disposición "se ocupa, fundamentalmente, de prohibir la medidas discriminatorias al exigir, ... igualdad de oportunidades de competencia ...". Ucrania considera que, por consiguiente, simplemente ha aclarado la naturaleza de su alegación de no discriminación y no ha modificado la esencia de su reclamación de no discriminación como consecuencia del trato menos favorable concedido a determinados productos importados.⁶⁵

3.45. Las alegaciones que Ucrania presenta en su solicitud de establecimiento de un grupo especial son una alegación al amparo del artículo I del GATT de 1994 (sobre el trato NMF) y una referencia al trato de NMF en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (que abarca

⁶³ Solicitud de celebración de consultas presentada por Ucrania, WT/DS434/1, página 3.

⁶⁴ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, WT/DS434/11, página 4.

⁶⁵ Respuesta de Ucrania a la solicitud de resolución preliminar presentada por Australia en relación con la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania, párrafo 9.

las obligaciones de NMF y de trato nacional). Respecto del Acuerdo sobre los ADPIC, en la solicitud de Ucrania de establecimiento de un grupo especial solamente se hace referencia al párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativo al trato nacional, como fundamento de derecho de esta alegación.

3.46. Señalamos en primer lugar que, como Ucrania las describe correctamente, las obligaciones de trato nacional y de NMF son obligaciones de "no discriminación". Mientras que el trato nacional se refiere en términos generales a una comparación entre el trato concedido a los productos importados y el concedido a los productos nacionales, el concepto de NMF se refiere en términos generales a una comparación entre los tratos concedidos a importaciones de diferentes orígenes. Los dos tipos de obligaciones abordan por tanto distintas formas de discriminación.

3.47. En el GATT de 1994 el párrafo 4 del artículo III y el artículo I (en el párrafo 1) utilizan términos diferentes para definir las obligaciones respectivas que contienen. El texto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que define las obligaciones respecto del trato nacional y de NMF en la misma frase, es muy similar al del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁶⁶ La descripción que hace Ucrania de estas alegaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial se basa en el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y no en el texto del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

3.48. Observamos que el Órgano de Apelación presentó recientemente un análisis detallado, en *CE - Productos derivados de las focas*, de la relación entre las obligaciones contenidas en estas tres disposiciones. En este contexto constató, entre otras cosas, lo siguiente:

En primer lugar, aunque las obligaciones de trato de la nación más favorecida (NMF) y de trato nacional previstas en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III son ambas obligaciones fundamentales de no discriminación en el marco del GATT de 1994, sus puntos de comparación, a los efectos de determinar si una medida discrimina entre productos similares, no son los mismos. Por una parte, la obligación NMF prevista en el párrafo 1 del artículo I prohíbe, con respecto a las medidas comprendidas en su ámbito de aplicación, el trato discriminatorio *entre* productos similares de orígenes distintos. Por otra parte, la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III prohíbe, con respecto a las medidas comprendidas en su ámbito de aplicación, el trato discriminatorio de los productos *importados* frente a los productos *nacionales* similares.

...

Por último, observamos que, a pesar de las diferencias de texto entre el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III, cada disposición se ocupa, fundamentalmente, de prohibir las medidas discriminatorias al exigir, en el contexto del párrafo 1 del artículo I, igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de todos los Miembros y, en el contexto del párrafo 4 del artículo III, igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados y los productos nacionales similares. Por esta razón, ni el párrafo 1 del artículo I ni el párrafo 4 del artículo III exigen una demostración de los efectos *reales* de una medida concreta en el comercio.⁶⁷

3.49. El análisis del Órgano de Apelación confirma que las obligaciones de trato nacional y de NMF establecidas en el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 pueden ser consideradas como "obligaciones fundamentales de no discriminación" que se ocupan de prohibir las medidas discriminatorias al exigir igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados. También confirma que sus "puntos de comparación" no son los mismos, porque en el marco del trato nacional la comparación se hace entre productos similares nacionales e importados, mientras que las alegaciones de NMF entrañan una comparación entre determinados productos importados y las importaciones de otros orígenes. Las dos series de obligaciones son por

⁶⁶ Como ha aclarado recientemente el Órgano de Apelación, los criterios jurídicos que implican ambas disposiciones son sin embargo distintos. Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.84-5.126.

⁶⁷ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.79-5.82.

tanto distintas, aunque están relacionadas. En el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC las dos obligaciones coexisten en una sola disposición.

3.50. En lo que concierne al examen de los fundamentos de derecho que constituyeron el objeto de las consultas en la presente diferencia, observamos que en la solicitud de celebración de consultas de Ucrania se mencionaban el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC (que se refiere al trato nacional), el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 (que también se refiere al trato nacional) y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (que abarca las obligaciones de trato nacional y de NMF). Señalamos también que Ucrania describe expresamente ese aspecto de su alegación como referido al "trato nacional" y no en términos más generales a la "no discriminación". La formulación que hizo Ucrania de su alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su solicitud de celebración de consultas fue por tanto más limitada de lo que podría haber permitido el alcance de la disposición pertinente. Por consiguiente, según sus términos expresos, la solicitud de celebración de consultas presentada por Ucrania habría indicado a Australia que las alegaciones de no discriminación invocadas se referían específicamente al trato nacional, con exclusión del trato NMF, la otra forma de no discriminación también abarcada por una de las disposiciones que invocó.

3.51. Observamos además que la descripción de las medidas en litigio y de su funcionamiento en la solicitud de celebración de consultas de Ucrania no da una indicación evidente, a juzgar por sus propios términos, que sirva para aclarar los fundamentos de hecho de las alegaciones de NMF de Ucrania e informar una interpretación de cómo se podría considerar razonablemente que esta cuestión formaba parte de la materia que sirvió de base a las consultas, incluso ante la inexistencia de una invocación expresa en esa etapa del procedimiento de obligaciones concretas en relación con el trato NMF. Ucrania tampoco ha indicado ningún aspecto, más allá de la naturaleza jurídicamente conexa de las obligaciones en cuestión, que explique cómo, en las circunstancias de la presente diferencia, efectivamente se podría considerar razonablemente que sus alegaciones de NMF se han "derivado" del asunto que fue objeto de las consultas.

3.52. A nuestro juicio, este contexto hace difícil considerar que, en las circunstancias de la presente diferencia, la ampliación de las alegaciones formuladas por Ucrania al amparo del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC abarcan aspectos de NMF que podría "razonablemente decirse que se derivan de los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas". Si acaso, la limitación expresa de la alegación inicial de Ucrania al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a los aspectos del trato nacional, junto con la inexistencia de una referencia específica a circunstancias de hecho que podrían arrojar luz sobre el tipo de trato discriminatorio de que se trata en el marco de las alegaciones de NMF, podrían más bien haber llevado a Australia a suponer de buena fe que las alegaciones de NMF no eran específicamente objeto de litigio.⁶⁸ Aunque reconocemos que las obligaciones jurídicas en litigio están relacionadas, también son claramente distintas. No vemos ninguna base para suponer, en las circunstancias de este asunto, que la invocación de disposiciones de trato nacional llevaría o podría llevar *ipso facto* a la invocación de alegaciones de NMF en la posterior solicitud de establecimiento de un grupo especial.

3.53. Teniendo en cuenta estos elementos, constatamos que no se puede considerar razonablemente que las alegaciones de NMF formuladas por Ucrania al amparo del artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se hayan "derivado" de los fundamentos jurídicos que configuraron el objeto de las consultas y que "modifican la esencia de la reclamación".

3.54. Por consiguiente, constatamos que estas alegaciones no se nos han sometido debidamente y están excluidas de nuestro mandato en las presentes actuaciones.

⁶⁸ Señalamos a este respecto la situación análoga que examinó el Grupo Especial en la diferencia *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, donde en la solicitud de establecimiento del grupo especial se había hecho expresamente referencia a un instrumento jurídico en relación con una serie de alegaciones pero no en relación con otra. En esas circunstancias el Grupo Especial consideró que "era razonable que China dedujera que la exclusión ... era deliberada" habida cuenta de su inclusión expresa en otra parte de la solicitud. El Grupo Especial constató por tanto que el instrumento en cuestión no estaba abarcado por las alegaciones en relación con las cuales no se identificó expresamente. Véase el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.60.

4 IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RECLAMACIÓN

4.1. Australia aduce también que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania no se presenta el problema con claridad respecto de las alegaciones de NMF que formula al amparo del artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y solicita al Grupo Especial que resuelva que estas alegaciones no están por tanto incluidas en su mandato.

4.2. La cuestión que tiene que examinar el Grupo Especial en este caso es si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania se hace "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad", de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, respecto de las alegaciones de NMF fundadas en el artículo I del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

4.3. Teniendo en cuenta nuestra determinación anterior de que estas alegaciones no se nos han sometido debidamente, no es necesario que examinemos además si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania se "presenta el problema con claridad" en relación con esas alegaciones. Por lo tanto no seguimos examinando esta cuestión.

4.4. Estas resoluciones preliminares se incorporarán al informe del Grupo Especial como parte integrante del mismo, con sujeción a cualquier cambio o ampliación del razonamiento, ya sea en una resolución ulterior o en el informe del Grupo Especial, a la luz de las observaciones recibidas de las partes en el curso del procedimiento.
