



9 de junio de 2020

(20-4082)

Página: 1/109

Original: inglés

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

AB-2018-4
AB-2018-6

Informes del Órgano de Apelación

Addendum

El presente addendum contiene los anexos A a C de los informes del Órgano de Apelación, distribuidos con la signatura WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R.

Los anuncios de apelación y los resúmenes de las comunicaciones escritas que figuran en el presente addendum se adjuntan tal y como se recibieron de los participantes y terceros participantes. El Órgano de Apelación no ha revisado ni editado su contenido, salvo para reenumerar a partir de 1 los párrafos y las notas que no comenzaban por 1 en el original, y para introducir cambios de formato en los textos a fin de adaptarlos a las normas de estilo de la OMC. Los resúmenes no sustituyen a las comunicaciones de los participantes y terceros participantes en el examen de la apelación por el Órgano de Apelación.

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****ANUNCIOS DE APELACIÓN**

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación presentado por Honduras	5
Anexo A-2	Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana	11

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por Honduras	15
Anexo B-2	Resumen de la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana	28
Anexo B-3	Resumen de la comunicación del apelado presentada por Australia	59

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero participante	81
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante	82
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante	83
Anexo C-4	Resumen de la comunicación presentada por China en calidad de tercero participante	85
Anexo C-5	Resumen de la comunicación presentada por la República Dominicana en calidad de tercero participante	86
Anexo C-6	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante	87
Anexo C-7	Resumen de la comunicación presentada por Indonesia en calidad de tercero participante	89
Anexo C-8	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante	94
Anexo C-9	Resumen de la comunicación presentada por Malawi en calidad de tercero participante	95
Anexo C-10	Resumen de la comunicación presentada por México en calidad de tercero participante	96
Anexo C-11	Resumen de la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante	97
Anexo C-12	Resumen de la comunicación presentada por Nigeria en calidad de tercero participante	100
Anexo C-13	Resumen de la comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero participante	101
Anexo C-14	Resumen de la comunicación presentada por Filipinas en calidad de tercero participante	102
Anexo C-15	Resumen de la comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero participante	103
Anexo C-16	Resumen de la comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero participante	105

Índice		Página
Anexo C-17	Resumen de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante	106
Anexo C-18	Resumen de la comunicación presentada por Zambia en calidad de tercero participante	108
Anexo C-19	Resumen de la comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero participante	109

ANEXO A

ANUNCIOS DE APELACIÓN

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación presentado por Honduras	5
Anexo A-2	Anuncio de apelación presentado por la República Dominicana	11

ANEXO A-1**ANUNCIO DE APELACIÓN PRESENTADO POR HONDURAS***

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010) ("Procedimientos de trabajo"), Honduras notifica por la presente al Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") su decisión de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho e interpretación jurídica que figuran en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos* (WT/DS435) ("informe del Grupo Especial").

De conformidad con el párrafo 1) de la Regla 20 y el párrafo 1) de la Regla 21 de los Procedimientos de trabajo, Honduras presenta este anuncio de apelación a la Secretaría del Órgano de Apelación junto con su comunicación del apelante.

De conformidad con el párrafo 2) d) iii) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, el presente anuncio de apelación incluye una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los supuestos errores, sin perjuicio de la facultad de Honduras de basarse en otros párrafos del informe del Grupo Especial en su apelación.

Honduras solicita que el Órgano de Apelación examine las conclusiones del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas de empaquetado genérico del tabaco de Australia identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Honduras (las "medidas TPP" o "medidas de empaquetado genérico") sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 y el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC")¹; y en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC").²

En particular, Honduras ha identificado los errores de derecho e interpretación jurídica que se señalan a continuación, incluida la omisión del Grupo Especial de hacer una evaluación objetiva del asunto, como prescribe el artículo 11 del ESD.

I. EXAMEN DE LAS CONSTATAIONES FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL EN EL MARCO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC**1. La interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es errónea**

Honduras apela la constatación del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, puesto que esa constatación se basa en una interpretación jurídica equivocada del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20. Además, y subsidiariamente, la aplicación que hizo el Grupo Especial del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC a las medidas de empaquetado genérico constituye un error de derecho.

En primer lugar, la interpretación que hizo el Grupo Especial del término "injustificablemente" en el sentido de que se refiere a "buenas razones" que sean suficientes para respaldar exigencias

* Este documento, de fecha 19 de julio de 2018, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS435/23.

¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 d) y e).

² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 a).

especiales que compliquen el uso de una marca de fábrica o de comercio es errónea.³ El Grupo Especial no interpreta el término "injustificablemente" basándose en su sentido corriente, en el contexto de la Sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a las marcas de fábrica o de comercio, y teniendo en cuenta el objeto y fin de dicho Acuerdo. Además, el Grupo Especial incurre en un error de derecho en su análisis al constatar que el párrafo 5 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública constituye un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴

En segundo lugar, y subsidiariamente, en caso de que el Órgano de Apelación constate que la interpretación jurídica hecha por el Grupo Especial era correcta, el Grupo Especial incurre en un error de derecho en la aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC a las medidas de empaquetado genérico.⁵ En particular, entre otras cosas:

- El Grupo Especial incurre en error al no centrar el análisis en la repercusión sobre la función distintiva de una marca de fábrica o de comercio.⁶
- El Grupo Especial incurre en error en su aplicación del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC al producto, dado que sus constataciones se centran únicamente en el empaquetado.⁷
- El Grupo Especial incurre en error en su examen de las medidas alternativas disponibles que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio y hagan al mismo tiempo una contribución equivalente.⁸
- El Grupo Especial incurre en error al basarse en acuerdos no abarcados para justificar las medidas de empaquetado genérico.⁹

Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que están viciadas por los errores de derecho e interpretación jurídica indicados *supra*¹⁰, y que, por tanto, declare superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹¹

2. La interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial de los "derechos conferidos" en el marco del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC es errónea

Honduras apela la constatación del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹² Esa constatación se basa en una interpretación jurídica equivocada de los "derechos conferidos" por el párrafo 1 del artículo 16 y la obligación conexa de que los Miembros aseguren el nivel mínimo de protección garantizado a los titulares de marcas de fábrica o de comercio, y está viciada por un error de derecho en la aplicación del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC a las medidas de empaquetado genérico.

En primer lugar, la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a los "derechos conferidos" a los titulares de marcas de fábrica o de comercio es errónea, puesto que el Grupo Especial no interpreta dicha disposición de buena fe, basándose en el sentido corriente de todos los términos utilizados, en el contexto de estos, y

³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2394-7.2396, 7.2430 y párrafos 7.2439-7.2442 conexos, y 7.2492-7.2508.

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2409-7.2411.

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2556-7.2574, 7.2586-7.2589 y 7.2590-7.2606.

⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2569-7.2571 y 7.2604-7.2606.

⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2570.

⁸ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2600-7.2601.

⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2595-7.2596 y 7.2604.

¹⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2393-7.2431 y 7.2556-7.2606.

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2606 y 8.1 e).

¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d).

teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC.¹³ El planteamiento erróneo del Grupo Especial dio lugar a varios errores de derecho conexos, incluidos, entre otros, los siguientes:

- El Grupo Especial incurre en error al constatar que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC no protege el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio.¹⁴
- El Grupo Especial incurre en error al constatar que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC no es aplicable y, por tanto, no puede infringirse a menos que haya riesgo de confusión real.¹⁵

En segundo lugar, el Grupo Especial incurre en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC a las medidas de empaquetado genérico, puesto que no considera necesario abordar la cuestión pertinente de si dichas medidas reducen el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio y su ámbito de protección, de forma que el nivel de protección llega a ser inferior al nivel mínimo que los Miembros están obligados a garantizar en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁶ La aplicación errónea que hace el Grupo Especial del principio de economía procesal constituye un error de derecho. Además, como consecuencia de ese ejercicio equivocado de la economía procesal, el Grupo Especial también incumple la obligación que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto.

Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial que están viciadas por los errores de derecho e interpretación jurídica indicados *supra* y que, por tanto, también declare superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁷

II. EXAMEN DE LAS CONSTATAciones FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

Honduras apela la constatación del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas de empaquetado genérico sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁸ La constatación del Grupo Especial está viciada por varios errores de derecho e interpretación jurídica en lo que atañe a cada aspecto de la indagación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en relación con: 1) la restrictividad del comercio de las medidas de empaquetado genérico; 2) el grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico al objetivo legítimo de Australia; y 3) la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente a ese objetivo legítimo.

1. La interpretación que hizo el Grupo Especial de la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y su aplicación a las medidas TPP es errónea

El Grupo Especial incurre en error en su interpretación y aplicación de la expresión "restringir[] el comercio" que figura en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y, por tanto, Honduras solicita al Órgano de Apelación que modifique la conclusión del Grupo Especial de que las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio.¹⁹ En particular, el Grupo Especial comete, entre otros, los siguientes errores de derecho e interpretación jurídica:

- El Grupo Especial incurre en error en su constatación de que la modificación o distorsión de las condiciones de competencia o las oportunidades de competencia de los productos importados solo constituye una distorsión del "comercio" si restringe *de jure* las importaciones o tiene carácter discriminatorio.²⁰

¹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1966-7.2032 y 7.2051.

¹⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2005-7.2016.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2000 y 7.2010.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2015 y 7.2032.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d).

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 a) y 7.1724-7.1732.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1071-7.1089 y 7.1160-7.1255.

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1166-7.1168, 7.1196-7.1197, 7.1214-7.1218 y 7.1255.

- El Grupo Especial incurre en error al imponer una norma probatoria diferente y más estricta para demostrar la existencia de efectos reales en el comercio en el caso de medidas que no se impugnen por considerarse que tienen carácter discriminatorio y, en consecuencia, al exigir que se presenten pruebas de los efectos reales en el comercio de las medidas de empaquetado genérico por lo que respecta a los precios y las ventas para demostrar que esa distorsión equivale a una restricción del comercio.²¹

2. La aplicación que el Grupo Especial hizo a las medidas TPP del criterio jurídico relativo al grado de contribución es errónea

El Grupo Especial incurre en error en su aplicación del criterio jurídico para evaluar el grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico.²² En particular, el Grupo Especial comete, entre otros, los siguientes errores:

- El Grupo Especial incurre en error al examinar el grado de contribución de las medidas a los "mecanismos" específicos por los que se esperaba que estas alcanzaran el objetivo, en lugar de examinar el grado de contribución al logro del objetivo legítimo identificado.²³
- El Grupo Especial incurre en error al no examinar la contribución "real" de las medidas de empaquetado genérico y, en cambio, basar su constatación en especulaciones infundadas acerca de una repercusión futura incierta de las medidas "con el tiempo", sin disponer de proyecciones cualitativas o cuantitativas respaldadas por pruebas suficientes.²⁴
- El Grupo Especial incurre en error al no determinar el grado de contribución de las propias medidas de empaquetado genérico impugnadas.²⁵
- El Grupo Especial incurre en error en su aplicación del criterio jurídico que fijó para sí mismo a efectos del examen de las pruebas.²⁶

Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial respecto del grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico, dado que están viciadas por los errores de derecho e interpretación jurídica indicados *supra*.²⁷

3. El Grupo Especial incurre en un error de derecho en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC por lo que respecta a la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio

El Grupo Especial incurre en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC por lo que respecta a la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente al objetivo legítimo.²⁸ En particular, el Grupo Especial comete, entre otros, los siguientes errores de derecho:

- El Grupo Especial incurre en error en su interpretación y examen de si las medidas alternativas presentadas por Honduras eran menos "restrictivas del comercio", al no examinar su repercusión en las condiciones de competencia ni en las oportunidades de competencia, y en lugar de ello centrarse indebidamente en el grado de contribución de esas medidas al objetivo.²⁹

²¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1074-7.1075, 7.1166, 7.1208 y 7.1255.

²² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.483-7.1045.

²³ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1024-7.1034.

²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

²⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.974, 7.1036 y 7.1043.

²⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.499, 7.622, 7.643-7.644, 7.660, 7.695 y 7.697.

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1024-7.1045 y 7.1724-7.1732.

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1362-7.1723 y 7.1724-7.1732.

²⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1411-7.1417 (EMCL); y 7.1490-7.1495 (aumento de la tributación).

- El Grupo Especial incurre en error en su interpretación y aplicación del criterio jurídico para evaluar si las medidas alternativas hacían una contribución "equivalente" a la de las medidas impugnadas. En particular:
 - el Grupo Especial no examina el grado de contribución de las medidas alternativas propuestas a la luz del objetivo legítimo identificado³⁰;
 - el Grupo Especial incurre en error al exigir que las medidas alternativas, como "sustituto" de las medidas impugnadas, hagan una contribución idéntica y no una contribución "equivalente"³¹;
 - el Grupo Especial incurre en error al exigir un grado de contribución mayor en el caso de las alternativas propuestas³²; y
 - el Grupo Especial incurre en error al aplicar un criterio diferente para evaluar la equivalencia en función de si una medida es parte de un conjunto de medidas.³³

Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial relativas a la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio que están viciadas por los errores de derecho e interpretación jurídica indicados *supra*.³⁴

III. EXAMEN DE LA EVALUACIÓN REALIZADA POR EL GRUPO ESPECIAL DE LAS PRUEBAS RELATIVAS AL GRADO DE CONTRIBUCIÓN DE LAS MEDIDAS TPP

Honduras solicita que el Órgano de Apelación examine la evaluación que hizo el Grupo Especial de las pruebas presentadas en relación con el grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico al logro del objetivo legítimo identificado de Australia. Honduras sostiene que el Grupo Especial no realiza un "examen objetivo" de las pruebas relativas a la contribución de las medidas de empaquetado genérico al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco, lo que supone un incumplimiento de la obligación que le impone el artículo 11 del ESD. En particular, entre otras cosas:

- El Grupo Especial no proporcionó una explicación razonada y adecuada del modo en que los hechos que tenía ante sí respaldaban la conclusión de que las medidas de empaquetado genérico eran adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa a su objetivo legítimo, porque, entre otras cosas:
 - las propias constataciones del Grupo Especial relativas a la conducta tabáquica real y los resultados proximales y distales no respaldan su conclusión³⁵;
 - las constataciones intermedias del Grupo Especial relativas al efecto de las medidas de empaquetado genérico no están basadas en la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente y no están respaldadas por una explicación razonada y adecuada;

³⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.232 (donde se define el objetivo legítimo); 7.1459-7.1460, 7.1464 y 7.1468-7.1471 (EMCL); y 7.1526-7.1527, 7.1531 y 7.1542-7.1545 (aumento de la tributación).

³¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1455-7.1461 y 7.1464 (EMCL); y 7.1526-7.1527, 7.1529 y 7.1531 (aumento de la tributación).

³² Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1376, 7.1391, 7.1461, 7.1528 y 7.1721-7.1722.

³³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1376-7.1391.

³⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1468-7.1471 (EMCL); 7.1542-7.1545 (aumento de la tributación); y 7.1724-7.1732 (conclusión general).

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.945-7.958 y apéndice A (resultados proximales); 7.959-7.963 y apéndice B (resultados distales); 7.968-7.972 y apéndice C (prevalencia del consumo de tabaco); párrafos 7.973-7.979 y apéndice D (repercusión en el consumo y las ventas); y 7.980-7.986 y 7.1024-7.1045 (conclusiones generales); véase también el informe del Grupo Especial: apéndice A, párrafos 86-87; apéndice B, párrafos 120-121; apéndice C, párrafos 123-124; y apéndice D, párrafos 137-138 (que dan lugar a la constatación sobre la conducta tabáquica real formulada sin reservas en el párrafo 7.1043 del informe del Grupo Especial).

- las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos de las medidas "con el tiempo" no están basadas en análisis cuantitativos o cualitativos ni en una explicación razonada apoyada por pruebas suficientes;
 - las constataciones intermedias del Grupo Especial relativas a la pertinencia de las teorías científicas sobre la conducta son internamente incoherentes y no están respaldadas por una explicación razonada y adecuada;
 - las constataciones del Grupo Especial relativas a la contribución de las medidas a la reducción del consumo de cigarros no encuentran fundamento suficiente en las pruebas obrantes en el expediente y no están respaldadas por una explicación razonada y adecuada.
- El Grupo Especial desestima, pasa por alto y tergiversa las pruebas presentadas por los reclamantes.
 - El Grupo Especial no examina las pruebas relativas a la contribución de una manera imparcial y aplica una doble norma de prueba en favor de Australia.
 - El Grupo Especial no respeta los derechos de las partes a un debido proceso, al no ejercer la facultad que le conceden el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC o el artículo 13 del ESD de designar a un experto técnico y al recurrir, en lugar de ello, a un "experto fantasma" que plantea supuestas preocupaciones sobre la "solidez" no identificadas por ninguna de las partes, sin dar a estas en ningún momento la oportunidad de formular observaciones sobre las preocupaciones y los métodos de ese experto fantasma o de examinarlos posteriormente.

Por consiguiente, Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones y conclusiones del Grupo Especial concernientes al grado de contribución de las medidas que figuran en el informe del Grupo Especial y sus apéndices³⁶, puesto que esas constataciones no fueron el resultado de una evaluación objetiva del asunto. El hecho de no haber evaluado objetivamente las pruebas vicia las constataciones del Grupo Especial relativas al grado de contribución de las medidas y, por ende, sus constataciones en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, que por tanto deberían revocarse.

También por esa razón, Honduras solicita al Órgano de Apelación que declare superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones del Grupo Especial de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC³⁷, y la constatación conexa de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.³⁸

³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1024-7.1045 y apéndices.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1732 y 8.1 a).

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2606 y 8.1 e).

ANEXO A-2**ANUNCIO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA REPÚBLICA DOMINICANA***

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 1 del artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"), la República Dominicana notifica por la presente al Órgano de Solución de Diferencias su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este en la diferencia *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos* (DS441).
2. De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, la República Dominicana presenta simultáneamente este anuncio de apelación ante la Secretaría del Órgano de Apelación.
3. La República Dominicana limita su apelación a los errores que, a su juicio, constituyen graves errores de derecho y de interpretación jurídica que deben corregirse. Ello no implica acuerdo en relación con las cuestiones que no son objeto de apelación. La República Dominicana también cree que quizá no sea preciso que el Órgano de Apelación decida sobre todas las cuestiones planteadas en este anuncio de apelación ya que, como consecuencia de las decisiones que se adopten con respecto a otras cuestiones, podría ser innecesario hacerlo.
4. Por los motivos que expondrá con mayor detalle en sus comunicaciones al Órgano de Apelación, la República Dominicana apela, y solicita al Órgano de Apelación que revoque, modifique o declare superfluas y sin efectos jurídicos determinadas constataciones y conclusiones del Grupo Especial, con respecto a los siguientes errores de derecho e interpretaciones jurídicas que contiene el informe del Grupo Especial:

I. APELACIONES RESPECTO DE LAS CONSTATAciones FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC¹ RELATIVAS A LA CONTRIBUCIÓN DE LAS MEDIDAS TPP

5. La República Dominicana apela contra la constatación del Grupo Especial de que "la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".² El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD, según se expone a continuación.
6. La República Dominicana apela contra la conclusión general del Grupo Especial relativa a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.³ El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD.
7. La República Dominicana apela contra las constataciones generales⁴ y las constataciones intermedias⁵ del Grupo Especial resultantes de la evaluación que hizo de las pruebas del período *posterior* a la implementación de las medidas TPP (pruebas "posteriores a la implementación") relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en las conductas tabáquicas -a saber, la

* Este documento, de fecha 23 de agosto de 2018, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS441/23.

¹ El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC").

² Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 b) i). Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1732.

³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1025, 7.1040-7.1043, 7.1045, 7.1725 b).

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.972, 7.979, 7.980-7.986, 7.1037, 7.1039; apéndice C, párrafos 122 y 123; y apéndice D, párrafos 117 y 137.

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.964-7.971, 7.973-7.978; apéndice C, párrafos 8, 51-57 y 96-122; y apéndice D, párrafos 101-116.

prevalencia y el consumo- en Australia. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD.

8. La República Dominicana apela contra las constataciones generales⁶ y las constataciones intermedias⁷ del Grupo Especial resultantes de la evaluación que hizo de las pruebas del período *anterior* a la implementación de las medidas TPP ("pruebas anteriores a la implementación") relativas a la repercusión *prevista* de las medidas TPP. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD.

9. La República Dominicana apela contra las constataciones generales⁸ y las constataciones intermedias⁹ del Grupo Especial resultantes de la evaluación que hizo de las *pruebas posteriores a la implementación* relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en los resultados proximales y distales. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD.

10. La República Dominicana apela contra la constatación general¹⁰ y las constataciones intermedias¹¹ del Grupo Especial relativas a la posible repercusión futura de las medidas TPP. El Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Además, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD.

II. APELACIONES RESPECTO DE LAS CONSTATAACIONES FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC RELATIVAS A LA RESTRINGIDIDAD DEL COMERCIO DE LAS MEDIDAS TPP

11. La República Dominicana apela contra la constatación del Grupo Especial de que "la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹² La República Dominicana apela contra las constataciones generales y las constataciones intermedias del Grupo Especial relativas a la restringididad del comercio de las medidas TPP, en el contexto del análisis realizado por este en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹³ El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD. Además, el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

III. APELACIÓN RESPECTO DE LAS CONSTATAACIONES FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC RELATIVAS A LA DISPONIBILIDAD DE MEDIDAS ALTERNATIVAS MENOS RESTRINGIDAS DEL COMERCIO

12. La República Dominicana apela contra la constatación del Grupo Especial de que "la República Dominicana no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁴ La República Dominicana apela contra las constataciones generales y las constataciones intermedias del Grupo Especial relativas a la restringididad del comercio de las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana (en comparación con la restringididad del comercio de las medidas TPP), formuladas en el contexto de la evaluación realizada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹⁵ El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD. Además, también con respecto a su análisis de la restringididad del

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.929-7.931, 7.1024-7.1034 y 7.1038.

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.518-7.928.

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.985, 7.1036, 7.1038 y 7.1039.

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.945-7.963, 7.980-7.984, 7.1040-7.1042; apéndice A, párrafos 28-32, 66-72, 83-86; y apéndice B, párrafos 36-41, 71-77, 99-103 y 113-120.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.938-7.943.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 b) i). Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1732.

¹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1071-7.1089, 7.1166-7.1171, 7.1196-7.1225; y apéndice E, párrafos 12-15, 24-32 y 47-56.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 b) i). Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1732.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1362-7.1391, 7.1411-7.1418, 7.1459, 7.1468-7.1471, 7.1490-7.1496 y 7.1542-7.1545.

comercio de las alternativas propuestas, el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

13. La República Dominicana apela contra las constataciones generales y las constataciones intermedias del Grupo Especial relativas a la contribución de las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana al objetivo de Australia (en comparación con la contribución de las medidas TPP), formuladas en el contexto de la evaluación realizada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹⁶ Respecto de esta cuestión, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD. Además, también con respecto a su análisis de la contribución de las alternativas propuestas, el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

IV. APELACIONES RESPECTO DE LAS CONSTATACIONES FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC¹⁷

14. La República Dominicana apela contra las constataciones generales y las constataciones intermedias del Grupo Especial de que las medidas TPP, en la medida en que prohíben el uso de marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos, no complican injustificadamente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, en el sentido del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC*.¹⁸ El Grupo Especial no examinó parte del asunto sometido al OSD, por lo que infringió lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del ESD. Además, el Grupo Especial no hizo una evaluación de parte del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.

15. La República Dominicana apela contra las constataciones generales y las constataciones intermedias del Grupo Especial de que las medidas TPP no complican injustificadamente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, en el sentido del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC*.¹⁹ Estas constataciones del Grupo Especial derivan del hecho de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD, durante su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* (con respecto a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia y a la existencia de alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente al objetivo de Australia).²⁰

V. INCORPORACIÓN DE LAS ALEGACIONES FORMULADAS EN APELACIÓN POR HONDURAS EN EL ASUNTO DS435

16. La República Dominicana incorpora por referencia a la presente apelación las alegaciones formuladas en apelación por Honduras en la diferencia *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos* (DS435).²¹

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1362-7.1391, 7.1398-7.1402, 7.1432-7.1464, 7.1468-7.1471, 7.1476-7.1480, 7.1506-7.1531, 7.1542-7.1545 y 7.1717-7.1723.

¹⁷ El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC").

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2240-7.2247, 7.2260-7.2264, 7.2287-7.2292, 7.2556-7.2574 y 7.2590-7.2606.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2236, 7.2240-7.2247, 7.2260-7.2264, 7.2287-7.2292, 7.2556-7.2574 y 7.2590-7.2606.

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2236, 7.2240-7.2247, 7.2260-7.2264, 7.2287-7.2292, 7.2556-7.2574 y 7.2590-7.2606.

²¹ Anuncio de apelación presentado por Honduras, WT/DS435/23.

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por Honduras	15
Anexo B-2	Resumen de la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana	28
Anexo B-3	Resumen de la comunicación del apelado presentada por Australia	59

ANEXO B-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELANTE
PRESENTADA POR HONDURAS****INTRODUCCIÓN¹**

1. Honduras solicita que el Órgano de Apelación examine y revoque varios errores de derecho e interpretación jurídica que se reflejan en el informe del Grupo Especial. En particular, como se afirma en el anuncio de apelación, la apelación de Honduras se refiere a varias de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") y del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC"). Además, Honduras considera que el Grupo Especial no hizo una "evaluación objetiva" de las pruebas que se le habían sometido relativas en particular al grado de contribución que hacen las medidas de empaquetado genérico del tabaco de Australia (en lo sucesivo, las "medidas TPP" o "medidas de empaquetado genérico") para alcanzar el objetivo de la medida, es decir, reducir el consumo de productos de tabaco. Por lo tanto, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD").

II. ALEGACIÓN 1: LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN QUE HIZO EL GRUPO ESPECIAL DEL TÉRMINO "INJUSTIFICABLEMENTE" DEL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC SON ERRÓNEAS

2. Honduras sostiene que las constataciones del Grupo Especial en relación con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC se basan en una interpretación errónea del término "injustificablemente". Subsidiariamente, Honduras considera que el Grupo Especial cometió un error de derecho al aplicar su criterio jurídico a los hechos de este asunto y, en consecuencia, su constatación en el marco del artículo 20 también constituyó un error de derecho por ese motivo.

3. En primer lugar, el Grupo Especial desarrolló un criterio jurídico erróneo para justificar incluso las complicaciones de mayor alcance del uso de marcas de fábrica o de comercio en productos disponibles legítimamente. El Grupo Especial constató que, siempre que haya "buenas razones" suficientes para apoyar las medidas, cualquier exigencia que complique el uso de marcas de fábrica o de comercio es justificable, sin que importe su grado de intervención. El enfoque del Grupo Especial y el razonamiento jurídico que lo apoya reflejan varios errores de derecho e interpretación jurídica. En particular:

- El Grupo Especial no interpretó el término "injustificablemente" en su contexto de marca de fábrica o de comercio específica. El Grupo Especial incurrió en error al considerar que el término "injustificablemente" introduce efectivamente una excepción general que justifica cualquier restricción al uso de una marca de fábrica o de comercio cuando se ha adoptado a los fines de promover determinados objetivos de política, por lo demás no definidos, o "buenas razones". Honduras sostiene que la cuestión de si una exigencia complica "injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio válidamente registrada con respecto a un producto disponible legítimamente exige al intérprete examinar la preocupación específica planteada por la marca de fábrica o de comercio cuyo uso se complica, más que el producto al que se aplica, y examinar la magnitud de la complicación. La determinación de si las exigencias especiales complican el uso de una marca de fábrica o de comercio de "manera indebida o desproporcionada", es decir, "injustificablemente", debe basarse por lo tanto en una evaluación de la marca de fábrica o de comercio concreta y de la manera en que su uso se complica. Sin embargo, con arreglo al enfoque adoptado por el Grupo Especial, no es necesario examinar si una marca de fábrica o de comercio concreta puede ser problemática y por tanto su uso se puede complicar, incluso prohibir.

De hecho, el Grupo Especial reconoció que muchas de las marcas de fábrica o de comercio prohibidas no son problemáticas *per se*. No obstante, con arreglo a su enfoque del término

¹ De conformidad con las prescripciones de los Procedimientos de trabajo del Órgano de Apelación, el número total de palabras de la comunicación del apelante (incluidas las notas pero excluido el resumen) es de 154.529 y el número total de palabras del resumen es de 8.021.

"injustificablemente", consideró que su uso se puede prohibir de manera justificable simplemente porque se trata de marcas de fábrica o de comercio que identifican un producto. Este enfoque no puede ser correcto, habida cuenta de la protección internacional de las marcas de fábrica o de comercio y de su uso. También en el caso de otros productos, se puede complicar el uso de marcas de fábrica o de comercio por razones relacionadas con la salud o la protección de los consumidores. Pero no se impide el uso de marcas de fábrica o de comercio en el caso de ningún otro producto simplemente porque sean marcas de fábrica o de comercio o porque pertenezcan a una categoría particular de marcas de fábrica o de comercio como las marcas figurativas. Nunca se ha aducido antes que fuera necesario un enfoque tan tosco para proteger, por ejemplo, la salud. Esto confirma el error en el enfoque del Grupo Especial. El hecho de que el Grupo Especial no interpretara el término "injustificablemente" en su contexto de marca de fábrica o de comercio específica constituye un error de derecho e interpretación jurídica.

- Subsidiariamente, como mínimo, el Grupo Especial debería haber interpretado el término "injustificablemente" en el sentido de que se refiere a las medidas que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio más de lo "necesario" incluyendo un análisis de alternativas potencialmente menos restrictivas de las marcas de fábrica o de comercio. Si una exigencia que complica menos el uso de una marca de fábrica o de comercio hace una contribución equivalente al objetivo legítimo, se debe dar preferencia a esa alternativa. El enfoque novedoso y basado en intenciones de las "buenas razones" adoptado por el Grupo Especial no incluye, como parte del criterio jurídico, la necesidad de dar preferencia a las alternativas que complican menos el uso de una marca de fábrica o de comercio. Por consiguiente, dicho enfoque no es compatible con el principio del párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC relativo a las medidas "necesarias" para proteger la salud. En consecuencia, constituye un error de derecho e interpretación jurídica.
 - Guarda relación con este error de interpretación concerniente al artículo 20 y el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC la constatación errónea del Grupo Especial de que el párrafo 5 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública constituye un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que debe ser tomado en consideración como parte del contexto del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 5 de la Declaración de Doha no es un acuerdo ulterior pertinente a los efectos de interpretar el término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 5 de la Declaración de Doha simplemente confirma la norma general de interpretación según la cual hay que interpretar todas las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de los objetivos y principios del Acuerdo. Por lo tanto, no "concretamente guarda[]" relación" con la interpretación y aplicación del término o disposición de que se trate y no puede decirse que "expresamente con claridad un entendimiento común entre los Miembros [...]" y la aceptación de ese entendimiento" con respecto al sentido del término "injustificablemente" en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. La consideración por el Grupo Especial del párrafo 5 de la Declaración de Doha como un "acuerdo ulterior" constituye otro error de derecho que influyó considerablemente en su análisis en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.
4. En segundo lugar, suponiendo, a efectos de argumentación, que el criterio de "justificabilidad" del Grupo Especial basado en la existencia de "buenas razones" suficientes para complicar el uso de una marca de fábrica o de comercio fuera correcto, su aplicación de ese criterio jurídico a los hechos en el contexto de su prueba de tres etapas denota errores de derecho adicionales. Tales errores socavan el análisis realizado por el Grupo Especial del término "injustificablemente" en el contexto de los hechos del presente asunto y en consecuencia vician sus constataciones en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En particular:
- El Grupo Especial incurrió en error al no determinar debidamente la naturaleza y el alcance de la complicación sobre la base de la repercusión de las medidas en la función distintiva de la marca de fábrica o de comercio. El Grupo Especial se centró erróneamente en el efecto de las medidas sobre el "valor económico" de las marcas de fábrica o de comercio y por lo tanto sus consideraciones relativas a los supuestos factores "mitigadores" son erróneas.
 - El Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del artículo 20 a los hechos de este caso que concernían tanto a los productos de tabaco como a su empaquetado. El razonamiento del Grupo Especial no tuvo en cuenta importantes diferencias en cuanto a la aplicación de las

medidas, en particular, a las barras de cigarrillos (es decir, el propio producto). El Grupo Especial atribuyó en su análisis de la justificabilidad un peso particular al hecho de que los efectos de las exigencias que complican el uso en las marcas de fábrica o de comercio se veían atenuados por la posibilidad de seguir utilizando marcas verbales, si bien en un formato y un tipo de letra normalizados. Pero eso no es correcto en la medida en que se refiere al producto propiamente dicho (a saber, las barras de cigarrillos), dado que con arreglo al empaquetado genérico no puede utilizarse ninguna marca verbal en el producto. El hecho de que el Grupo Especial no aplicara su razonamiento a las barras de cigarrillos invalida sus constataciones en la medida en que se refieren también al producto.

- El Grupo Especial incurrió en error en su examen de las alternativas disponibles puesto que no consideró debidamente si las alternativas propuestas por Honduras complicaban el uso de *marcas de fábrica o de comercio* menos que el empaquetado genérico al tiempo que hacían una contribución *equivalente*. El enfoque adoptado por el Grupo Especial refleja dos errores de derecho importantes. En primer lugar, el Grupo Especial supuso erróneamente que la prueba en el marco del artículo 20 era exactamente la misma que en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, el Acuerdo OTC concierne a la restrictividad "del comercio", mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC se refiere a la complicación del uso de una "marca de fábrica o de comercio". En segundo lugar, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de lo que constituye una contribución "equivalente" al exigir efectivamente una contribución "idéntica" de las medidas alternativas o exigir incluso que las alternativas propuestas "contribu[yan] [*manifiestamente mejor*] al logro del objetivo de salud pública de Australia".²
- El Grupo Especial se basó erróneamente en la recomendación que figura en las Directrices del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco ("CMCT") de considerar la posibilidad de adoptar el empaquetado genérico cuando concluyó que existían "buenas razones que apoy[an] suficientemente" la restricción extrema del uso de marcas de fábrica o de comercio que impone el empaquetado genérico. El Grupo Especial prescindió efectivamente del carácter no vinculante de esas recomendaciones. Además, el Grupo Especial no examinó en absoluto la importancia jurídica del CMCT y sus Directrices en el contexto de la presente diferencia. Ni el CMCT ni sus Directrices se aplican a tres de las cuatro partes reclamantes puesto que Indonesia y la República Dominicana no son partes en el CMCT y Cuba no lo ha ratificado. Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en un error de derecho al dar un peso contextual indebido al CMCT y sus Directrices cuando examinó la "justificabilidad" de las medidas de empaquetado genérico a tenor del criterio jurídico que había elaborado.

5. Por consiguiente, Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial, en particular las que figuran en los párrafos 7.2393-7.2431 y 7.2604-7.2605, y que declare superfluas y carentes de efectos las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.2606 y 8.1 e) de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

III. ALEGACIÓN 2: EL ANÁLISIS QUE HIZO EL GRUPO ESPECIAL DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC ES ERRÓNEO, COMO LO ES QUE NO APLICASE LAS NORMAS JURÍDICAS A LOS HECHOS DE ESTE CASO

6. Honduras sostiene que la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con los "derechos conferidos" a los titulares de marcas de fábrica o de comercio es erróneo y que su no aplicación de las normas jurídicas a los hechos constituye un error de derecho. El ejercicio equivocado de la economía procesal por el Grupo Especial también constituye una infracción del artículo 11 del ESD.

7. En primer lugar, el Grupo Especial no realizó una interpretación integral del párrafo 1 del artículo 16 que tuviera en cuenta el contexto de esta disposición, así como su objeto y fin. En particular, el Grupo Especial incurrió en un error de derecho al constatar que el párrafo 1 del artículo 16 no protege el carácter distintivo y que no es aplicable si no hay riesgo de confusión, por ejemplo, debido a que el gobierno debilita deliberadamente la marca de fábrica o de comercio. Honduras sostiene que el párrafo 1 del artículo 16 proporciona a las partes privadas medios para alcanzar un fin. Se garantizan los "derechos conferidos" para que el titular de la marca de fábrica o

² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2601. (sin resalte en el original)

de comercio pueda proteger el carácter distintivo de la marca, a fin de que esta desempeñe su importante función en el curso de operaciones comerciales, lo que permite al titular de la marca de fábrica o de comercio desarrollar un prestigio sobre la base de esa marca. La constatación del Grupo Especial de que el párrafo 1 del artículo 16 no protege el carácter distintivo separa los medios de su fin y es errónea.

8. Además, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el derecho de impedir la utilización no autorizada de la marca de fábrica o de comercio no se ve desfavorablemente afectado si hay una probabilidad menor o ninguna probabilidad de confusión como resultado de una reglamentación que priva al consumidor de familiaridad con la marca. El alcance de los derechos imperativos definidos en el párrafo 1 del artículo 16 por referencia al concepto de "probabilidad de confusión" no está vinculado exclusivamente a la existencia de confusión real en el mercado. La conclusión del Grupo Especial de que el párrafo 1 del artículo 16 no establece lo que se denomina un "derecho de confusión" es una caricatura, más que una evaluación, del argumento de Honduras. La prueba de "probabilidad de confusión" es un punto de referencia normativo que determina los límites de esa esfera, de manera similar a la función que cumple la prueba de "interés" en el párrafo 3 del artículo 16 en el caso de las marcas notoriamente conocidas. El empaquetado genérico reduce significativamente esa esfera de exclusividad fuera del control del titular de la marca de fábrica o de comercio.

9. La cuestión de si ese debilitamiento deliberado de los derechos conferidos está justificado es una cuestión para el debate en el marco del artículo 17 del Acuerdo sobre los ADPIC y debe evaluarse sobre la base de los términos de esta disposición, que prevé "excepciones limitadas" de los derechos conferidos. Sin embargo, no es eso lo que hizo el Grupo Especial, dado que constató erróneamente que una medida que trata de reducir deliberadamente la fuerza de la marca y el prestigio obtenido sobre la base de la marca no está ni siquiera abarcada por el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial constató que "el derecho negativo de impedir usos infractores previsto en el párrafo 1 del artículo 16 no abarca el derecho a mantener o ampliar el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio individual, que inevitablemente fluctúa en función de las condiciones del mercado y de los efectos de las medidas reglamentarias en esas condiciones".³ Esto es correcto, pero no significa que un Miembro pueda reducir deliberadamente el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio prohibiendo su uso. De hecho, el propio Grupo Especial constató que el Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 20) impide a los Miembros imponer determinadas prescripciones, entre ellas la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio, a no ser que esté justificado sobre la base de "buenas razones", lo que demuestra que el Grupo Especial no interpretó el párrafo 1 del artículo 16 en su contexto. Honduras considera que, si bien el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio puede fluctuar en función de las condiciones del mercado y de los efectos de las medidas reglamentarias en esas condiciones, está claro que ello no significa que un Miembro tenga derecho a tratar de reducir deliberadamente el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio imponiendo prescripciones que complican el uso como la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio.

10. Una lectura de buena fe del párrafo 1 del artículo 16 en el contexto de la sección 2 relativa a las marcas de fábrica o de comercio y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, teniendo en cuenta el objeto y fin de esta disposición y del Acuerdo sobre los ADPIC en su conjunto, revela las deficiencias de la interpretación formalista que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16. El Grupo Especial no comenzó siquiera a examinar muchos de los términos empleados en el párrafo 1 del artículo 16. La interpretación literal y restringida que hizo el Grupo Especial de partes de esta disposición, que no tuvo en cuenta el contexto ni el objeto y fin de las palabras utilizadas en el párrafo 1 del artículo 16, constituye un error de derecho e interpretación jurídica.

11. La prohibición del uso de la marca de fábrica o de comercio restringe indebidamente el derecho privado del titular de la marca a impedir el uso no autorizado de signos similares en productos similares. La cuestión de si esta restricción es "limitada" y por lo tanto está permitida por el artículo 17 es la cuestión pertinente que el Grupo Especial no examinó.

12. En segundo lugar, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de las normas jurídicas a los hechos, puesto que no abordó en absoluto, de manera deliberada, la cuestión de que se trataba. El Acuerdo sobre los ADPIC impone a los Miembros determinadas disciplinas y la obligación de conceder derechos privados mínimos a los titulares de derechos de propiedad intelectual, incluidos los titulares de marcas de fábrica o de comercio. La cuestión pertinente que el Grupo Especial ni

³ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.2015.

quiera examinó es si una medida que prohíbe el uso de la marca de fábrica o de comercio en un producto legítimamente disponible reduce el carácter distintivo de la marca de fábrica o de comercio y, en consecuencia, su ámbito de protección, de forma que el nivel de protección llega a ser inferior al nivel mínimo que los Miembros están obligados a garantizar en virtud del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. El propio Grupo Especial consideró que se trataba de la cuestión esencial, pero seguidamente se negó a examinarla. Al no aplicar las normas jurídicas a los hechos, el Grupo Especial incurrió en un error de derecho y, como resultado de este ejercicio equivocado de la economía procesal, tampoco cumplió la obligación que le impone el artículo 11 del ESD.

13. Por estas razones, Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones pertinentes del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.1966-7.2030, 7.2031-7.2032 y 7.2051, y que en consecuencia revoque y declare superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 8.1 d) de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

IV. ALEGACIÓN 3: LA INTERPRETACIÓN QUE HIZO EL GRUPO ESPECIAL DE LA EXPRESIÓN "RESTRINGIR[] EL COMERCIO" DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y SU APLICACIÓN A LOS HECHOS SON ERRÓNEAS

14. Aunque Honduras está de acuerdo con la conclusión definitiva de que las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio, la interpretación que hizo el Grupo Especial de la expresión "restringir[] el comercio" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y su aplicación a los hechos de este caso son erróneas. En particular, el Grupo Especial incurrió en dos errores de derecho distintos pero relacionados.

15. En primer lugar, el Grupo Especial rechazó erróneamente la idea de que una modificación o distorsión de las condiciones de competencia y la limitación de las oportunidades de competencia para los productos importados son una distorsión del "comercio". El Grupo Especial confirmó que las medidas de empaquetado genérico reducen la diferenciación de productos y reconoció que el empaquetado genérico modificó las condiciones de competencia para los productos importados y afectó a sus oportunidades de competencia. También reconoció que había pruebas que demostraban que el empaquetado genérico había dado lugar a un "cambio a productos de menor precio" que había favorecido a los productos de menor valor. Pero no consideró, de manera errónea, que las pruebas sobre el efecto de las medidas en las condiciones de competencia y las oportunidades de competencia bastase para establecer la existencia de una restricción del comercio. El Grupo Especial consideró indebidamente que la restrictividad del comercio no está determinada por el grado en que las medidas modifican las condiciones de competencia y limitan las oportunidades de competencia para los productos importados, y exigió en cambio pruebas de la existencia de una modificación discriminatoria de las oportunidades de competencia en detrimento de los productos importados. El Grupo Especial confundió las prescripciones del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y exigió indebidamente pruebas de la existencia de una discriminación para determinar el carácter restrictivo del comercio de un reglamento técnico.

16. En segundo lugar, el Grupo Especial constató erróneamente que, con respecto a las medidas no discriminatorias, no basta con señalar su carácter distorsionador de la competencia. Según el Grupo Especial, en el caso de las medidas no discriminatorias, hay que presentar pruebas del efecto real de las medidas en los precios y las ventas para demostrar que esta distorsión equivale a una restricción del comercio. Al obrar de este modo, el Grupo Especial introdujo efectivamente una prueba de los "efectos en el comercio" para las medidas que restringen el comercio pero no son por lo demás discriminatorias. Se trata de otro error de derecho, puesto que está bien establecido que tanto el artículo III del GATT de 1994 (relativo al "trato nacional") como el artículo XI del GATT de 1994 (relativo a la "eliminación de las restricciones cuantitativas") protegen las oportunidades de competencia y la igualdad de las condiciones de competencia, sin que sea necesario demostrar la existencia de efectos reales en el comercio. Estas disposiciones fundamentales del GATT de 1994 son funcionalmente equivalentes a los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, respectivamente. El Grupo Especial impuso erróneamente la mayor carga probatoria de demostrar la existencia de efectos reales en el comercio con respecto a los reglamentos técnicos "no discriminatorios". La distinción que estableció el Grupo Especial entre las medidas "discriminatorias" y "no discriminatorias" a los efectos de determinar el sentido de la expresión "restringir[] el comercio" y las pruebas que han de presentarse carece de fundamento y constituye un error de derecho. También fue errónea la exigencia conexa del Grupo Especial de demostrar que las medidas de empaquetado genérico redujeron realmente los precios y las ventas del producto.

17. Por consiguiente, Honduras solicita al Órgano de Apelación que modifique y, en caso necesario, revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.1166-7.1168, 7.1196-7.1197 y 7.1255, y que declare en consecuencia superflua y carente de efectos la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 8.1 a) de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

V. ALEGACIÓN 4: EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN UN ERROR DE DERECHO EN SU APLICACIÓN DEL CRITERIO JURÍDICO AL GRADO DE CONTRIBUCIÓN QUE HACEN LAS MEDIDAS TPP

18. Es posible que el Grupo Especial articulase correctamente el criterio jurídico para determinar el grado de contribución que hacen las medidas impugnadas para alcanzar el objetivo legítimo, pero no lo aplicó debidamente a los hechos de este caso. No aplicar debidamente las normas jurídicas a los hechos es un error de derecho, si bien hay aspectos del análisis realizado por el Grupo Especial que también apoyan una alegación de que no se ha hecho una "evaluación objetiva" del asunto. La alegación de error de Honduras se refiere a cuatro alegaciones distintas pero conexas relativas a las constataciones del Grupo Especial con respecto a la determinación del grado de la contribución que hacen las medidas de empaquetado genérico para alcanzar el objetivo legítimo.

19. En primer lugar, el Grupo Especial afirmó correctamente que debía examinar la contribución real de las medidas "para alcanzar el objetivo de reducir el uso de productos de tabaco". Sin embargo, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de este criterio a los hechos que tenía ante sí, dado que de hecho no examinó la contribución real de las medidas al objetivo legítimo de "reducir el uso de productos de tabaco". En cambio, examinó la contribución de las medidas a los "mecanismos" específicos de reducir el atractivo, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias y reducir la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores.⁴

20. En segundo lugar, a pesar de su afirmación de que debía examinar la "contribución real" de las medidas, el Grupo Especial no se centró en la "repercusión real" de las medidas en el uso de productos de tabaco. En cambio, incluyó una especulación infundada acerca de una incierta repercusión futura de las medidas "con el tiempo", a la luz de declaraciones no corroboradas sobre percepciones e intenciones, sin proyección alguna, cualitativa o cuantitativa, respaldada por pruebas suficientes.⁵

21. En tercer lugar, el Grupo Especial señaló correctamente que el "contexto más amplio [del control del tabaco en Australia] no elimina o reduce la necesidad de identificar la contribución que las *propias* medidas impugnadas hacen al objetivo de Australia".⁶ Sin embargo, después no aplicó correctamente esta prueba, ya que no siguió centrándose en la "contribución que las propias medidas [de empaquetado genérico] impugnadas" hacen. En cambio, determinó el grado de la contribución de las medidas *en combinación con*, y como componente de, una serie más amplia de medidas de control del tabaco complementarias. Esto está claro en su constatación de que "las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de otras medidas de control del tabaco que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, incluida la prohibición del uso de otros medios mediante los cuales las marcas podrían de otro modo contribuir al atractivo de los productos de tabaco y a inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".⁷

22. En cuarto lugar, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del criterio jurídico que fijó para sí mismo a efectos del examen de las pruebas. Esta alegación concierne a varias constataciones formuladas por el Grupo Especial que no están en consonancia con el criterio jurídico que fijó para sí mismo a este respecto.

⁴ Esto queda claro en sus constataciones en las que se analizan detenidamente las pruebas no conductuales (párrafos 7.980-7.986), antes de extraer conclusiones infundadas sobre el efecto conductual de las medidas en un párrafo (7.1025).

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.506. (sin resalte en el original)

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043.

23. Por ejemplo, el Grupo Especial articuló correctamente el criterio adecuado para examinar las pruebas relativas a la contribución de las medidas, y señaló que estaba "obligado[...] a 'evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba'".⁸ Sin embargo, el Grupo Especial no aplicó este criterio a los hechos y las pruebas del asunto, puesto que en ningún momento evaluó debidamente la pertinencia ni el "peso probatorio" de los distintos elementos de prueba dando efectivamente igual peso a todas las pruebas. Su enfoque de la "totalidad de los hechos" incluía pruebas que no eran probatorias ni pertinentes, como los estudios anteriores a la implementación, que según consideró el propio Grupo Especial tenían claras "limitaciones".

24. Asimismo, el Grupo Especial articuló correctamente el enfoque pertinente para la evaluación de los "testimonios científicos" cuando afirmó que "[e]n la medida en que se recurra a estos testimonios científicos, nuestra evaluación puede incluir en particular un análisis de si tales testimonios 'procede[n] de una fuente competente y respetada', si tienen el 'rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito' o reflejan '[opiniones] legítimamente científicas con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate', y 'si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente'".⁹ Sin embargo, no aplicó a los hechos este criterio jurídico relativo a los testimonios científicos, ya que incluso un testimonio que claramente no satisfacía el criterio de rigor científico y metodológico fue incluido en el análisis realizado por el Grupo Especial, por ejemplo, porque era el "único [estudio] anterior a la implementación presentado en estos procedimientos en el que se trató de investigar la repercusión del empaquetado genérico del tabaco en los cigarros (puros) y los cigarrillos (puritos)", y el Grupo Especial "[p]or lo tanto, en [su] análisis subsiguiente tendr[ía] en cuenta sus conclusiones".¹⁰

25. Por último, y pese a las reiteradas declaraciones del Grupo Especial en el sentido de que su enfoque con respecto a las pruebas econométricas no entrañaría que realizara su propio análisis econométrico, en realidad hizo exactamente eso. El Grupo Especial llevó a cabo su propia evaluación econométrica (errónea) de las pruebas, pues elaboró determinados métodos de cálculo y estimación que en ningún momento fueron debatidos con las partes y que siguieron sin ser explicados incluso en el mismo informe definitivo del Grupo Especial.¹¹

26. Honduras reconoce que puede haber una superposición con las alegaciones que formula al amparo del artículo 11 del ESD en relación con la falta de una evaluación objetiva del asunto. No obstante, Honduras solicita que el hecho de que no se aplicara correctamente a los hechos del caso el criterio jurídico relativo a la determinación del grado de la contribución que hacen las medidas sea considerado una alegación de infracción independiente, dado que constituye un error de derecho, con independencia de si también cabe considerar otros errores conexos de apreciación de las pruebas por el Grupo Especial como una falta de evaluación "objetiva" del asunto.

27. Por lo tanto, Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.1024-7.1044, 7.1724-7.1732 y 7.2604-7.2606 de su informe, y que declare en consecuencia superfluas y carentes de efectos las constataciones del Grupo Especial que figuran en el párrafo 8.1 a), de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y en el párrafo 8.1 e), de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

VI. ALEGACIÓN 5: EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN UN ERROR DE DERECHO EN SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC POR LO QUE RESPECTA A LA DISPONIBILIDAD DE MEDIDAS ALTERNATIVAS MENOS RESTRICTIVAS DEL COMERCIO

28. Las constataciones del Grupo Especial relativas a las "medidas alternativas menos restrictivas del comercio" propuestas contienen varios errores de derecho e interpretación jurídica.

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.517.

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.516.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.622.

¹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107; apéndice D, párrafos 44, 106, 109-110; y apéndice E, párrafos 29-54.

29. En primer lugar, el Grupo Especial no examinó si las medidas alternativas son menos "restrictivas del comercio" sobre la base de una interpretación correcta de esta expresión. En cambio, concluyó erróneamente que las medidas alternativas propuestas son igualmente restrictivas del comercio porque son al menos igualmente efectivas en la reducción del consumo de tabaco. El Grupo Especial debería haber examinado el efecto restrictivo de las alternativas propuestas en las condiciones de competencia de los productos importados para determinar si las alternativas propuestas eran "menos restrictivas del comercio". El hecho de que no lo hiciera vicia sus constataciones sobre las medidas alternativas.

30. En segundo lugar, el Grupo Especial articuló correctamente el criterio jurídico para determinar si las medidas alternativas hacen una contribución "equivalente" (pero no necesariamente "idéntica") y constató correctamente que "una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio".¹² Sin embargo, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de las normas jurídicas a los hechos de la presente diferencia.

31. En particular: a) el Grupo Especial no examinó el grado de contribución de las medidas alternativas propuestas a la luz del objetivo legítimo cuya existencia se constató efectivamente; b) el Grupo Especial exigió erróneamente que las medidas alternativas hicieran una contribución *idéntica* como "sustituto" más que una contribución "equivalente"; c) el Grupo Especial incurrió en error al realizar una comparación asimétrica que impuso a las alternativas un grado de contribución mayor que el exigido por el criterio de "equivalencia".

32. La constatación del Grupo Especial de que ninguna de las medidas alternativas propuestas puede funcionar como sustituto del empaquetado genérico se basa en la comparación errónea de la supuesta contribución del empaquetado genérico *en combinación con las ASG ampliadas*, por una parte, con la de la medida alternativa como sustituto *tanto* de las medidas de empaquetado genérico como de las ASG ampliadas, por otra. Esto es incorrecto, dado que las ASG ampliadas en ningún momento formaron parte de la diferencia. En la medida en que estuviera justificado que el Grupo Especial examinara el efecto combinado de las medidas de empaquetado genérico y las ASG ampliadas, debería haber examinado también la contribución de las medidas alternativas *en combinación con* las grandes ASG que cubren el 75% de la parte anterior de la cajetilla y el 90% de la parte posterior.

33. Además, y en relación con los errores mencionados *supra*, el Grupo Especial incurrió en un error de derecho al aplicar un criterio de "equivalencia" distinto en el contexto de una supuesta "serie de medidas" y al formular sus constataciones sobre la base de una supuesta falta de "sinergias".

34. Por lo tanto, Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.1464, 7.1468-7.1471, 7.1531 y 7.1542-7.1545, y que declare en consecuencia superfluas y carentes de efectos las constataciones del Grupo Especial que figuran en el párrafo 8.1 a), de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, así como las constataciones conexas que figuran en los párrafos 7.2606 y 8.1 e), de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

VII. ALEGACIÓN 6: EL GRUPO ESPECIAL NO HIZO UNA "EVALUACIÓN OBJETIVA" DEL ASUNTO, CON INCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS RELATIVAS A LA CONTRIBUCIÓN DE LAS MEDIDAS TPP AL OBJETIVO DE REDUCIR EL USO DE PRODUCTOS DE TABACO, LO QUE INFRINGE EL ARTÍCULO 11 DEL ESD

35. El examen que hizo el Grupo Especial de las pruebas relativas a la contribución de las medidas de empaquetado genérico al logro del objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco no refleja la necesaria "evaluación objetiva" del asunto, por lo cual el Grupo Especial infringió el artículo 11 del ESD.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1369.

36. El Grupo Especial tampoco hizo una evaluación objetiva de los hechos como exige el artículo 11 del ESD, entre otras cosas, porque:

- no dio una explicación razonada y adecuada de cómo los hechos apoyaban la determinación que hizo de que "el empaquetado genérico ha dado lugar a una reducción de la prevalencia de fumadores y del consumo de productos de tabaco";
- no examinó las pruebas de manera imparcial y aplicó una doble norma de la prueba;
- pasó por alto elementos de prueba importantes presentados por las partes reclamantes; y
- no respetó los principios básicos del debido proceso y la equidad procesal al recurrir a un "experto fantasma" que elaboró críticas de las pruebas de las partes, con respecto a las cuales las partes en ningún momento tuvieron la oportunidad de formular observaciones, y que nunca se explicaron en el informe, lo que protegió dichas críticas de un examen adecuado. El Grupo Especial podía, y en este caso debería, haber nombrado a un experto propio, en consulta con las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC y el artículo 13 del ESD.

37. Esos errores del Grupo Especial, considerados individual y conjuntamente, son de carácter tan amplio que arrojan dudas sobre la objetividad del Grupo Especial en el contexto de la presente diferencia, que se refiere a un producto controvertido y a una medida bienintencionada pero ilícita, ineficaz y desproporcionada. Así pues, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas relativas al grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico, incumpliendo con ello la obligación que le impone el artículo 11 del ESD.

VII.1 El Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de cómo los hechos que tenía ante sí apoyan la conclusión de que las medidas TPP eran adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa a su objetivo legítimo

38. El Grupo Especial formuló la constatación definitiva de que las medidas TPP no restringen el comercio más de lo necesario porque, entre otras cosas, "son adecuadas para realizar, y efectivamente realizan, una contribución significativa" a su objetivo de salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos en Australia.¹³ Sin embargo, un examen de los hechos sometidos al Grupo Especial, a la luz del criterio y el enfoque probatorios adoptados por el Grupo Especial en la presente diferencia, muestra que simplemente no hay base en los hechos para respaldar esta conclusión. Por lo tanto, el Grupo Especial no dio la explicación razonada y adecuada requerida de que los hechos respaldan la determinación formulada. En particular:

- las constataciones limitadas del propio Grupo Especial sobre la conducta real no respaldan esta conclusión;
- las constataciones del propio Grupo Especial sobre los resultados proximales y distales (es decir, sobre percepciones, actitudes e intenciones) no justifican tal conclusión, ni siquiera suponiendo que esos resultados proximales y distales informen sobre la conducta real; y
- las constataciones del propio Grupo Especial sobre las publicaciones y las teorías de la ciencia del comportamiento no respaldan esa constatación, ni siquiera suponiendo que las publicaciones y los estudios y teorías subyacentes informen sobre la conducta real.

39. Simplemente, no había pruebas positivas, en el sentido de pertinentes y fehacientes, que demostraran que las medidas TPP contribuían realmente a su objetivo. En relación con lo anterior, el Grupo Especial no proporcionó "explicaciones razonadas y adecuadas" ni un "razonamiento coherente" con respecto a sus constataciones infundadas.

40. El Grupo Especial tampoco explicó cómo es posible que no encontrara ninguna prueba de una contribución a los resultados "distales", como los intentos de dejar de fumar o el procesamiento cognitivo de los riesgos del consumo de tabaco, después de tres años de empaquetado genérico, pero concluyera no obstante que existían pruebas de que menos personas fumaban y de que se fumaba menos debido al empaquetado genérico. El Grupo Especial no reconoció en ningún momento,

¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1725(b).

ni mucho menos explicó, la laguna en el marco analítico que propuso Australia y que aparentemente aceptó el Grupo Especial. El Grupo Especial basó su constatación sobre la contribución real en el análisis econométrico presentado por el experto de Australia de uno de los muchos conjuntos de datos, sin explicar su conclusión a la luz de las explicaciones alternativas plausibles y los hechos contradictorios que el propio Grupo Especial había establecido.

41. Además, el Grupo Especial afirmó que tenía que evaluar la pertinencia y el "valor probatorio" de los distintos elementos de prueba, pero en realidad no lo hizo, ya que concedió igual peso a todas las pruebas como parte de su enfoque erróneo de la "totalidad de los hechos". En particular, el Grupo Especial no dio una explicación adecuada del motivo por el cual incluyó determinados estudios anteriores a la implementación, que son tan obviamente erróneos que no deberían haber sido incluidos, y se basó en estudios y teorías del comportamiento incluso aunque los hechos no los respaldaban. El Grupo Especial no proporcionó una explicación del motivo por el cual esos estudios y teorías eran pertinentes como parte de la totalidad de los hechos, cuando no los respaldaban las pruebas empíricas que el propio Grupo Especial consideró esenciales para tener en cuenta dichos estudios.

42. Además, el Grupo Especial afirmó que "la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo",¹⁴ pero no apoyó esta afirmación especulativa con las necesarias "proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes" que el mismo Grupo Especial había reconocido que se requerían.¹⁵ Teniendo en cuenta que las pruebas presentadas abarcaban un período de casi tres años de una medida que según lo previsto habría alcanzado su objetivo en un período de seis años (es decir, reducir la prevalencia al 10% para 2018), y habida cuenta del hecho de que no había base para suponer que la contribución de las medidas solo se haría visible con el tiempo, la sugerencia infundada de que la contribución de las medidas seguiría evolucionando con el tiempo sigue sin estar explicada y es pura especulación.

43. La constatación del Grupo Especial relativa a los cigarros es especialmente desconcertante, puesto que no hay prácticamente ninguna base probatoria para las conclusiones del Grupo Especial de que las medidas de empaquetado genérico son adecuadas para contribuir, y efectivamente contribuyen, a reducir el consumo de cigarros. Los hechos que constan en el expediente no respaldan las conclusiones del Grupo Especial sobre todos los productos de tabaco, incluidos los cigarros, y no hay una explicación razonada y adecuada de las constataciones del Grupo Especial relativas al consumo de cigarros.

44. A un nivel más detallado, el Grupo Especial sacó conclusiones precipitadas sin ninguna explicación aparente, y mucho menos una explicación razonada y adecuada, del motivo por el que prescindió de determinados elementos de prueba y consideró que otros tenían valor probatorio. En consecuencia, ni siquiera las constataciones intermedias formuladas por el Grupo Especial fueron el resultado de una explicación razonada y adecuada. Por ejemplo, se limitó a afirmar 23 veces que había realizado un "examen minucioso" antes de repetir simplemente los argumentos de los expertos de Australia sin reflejar, ni mucho menos abordar, los distintos argumentos de réplica formulados por los expertos de los reclamantes con respecto al carácter probatorio de las pruebas presentadas.

45. El Grupo Especial señaló varias limitaciones en lo concerniente a la fiabilidad y pertinencia de numerosos elementos de prueba en que se basó Australia, pero aun así los tuvo en cuenta como parte de su enfoque de la "totalidad de los hechos". No explicó cuáles de los muchos elementos de prueba examinados consideraba pertinentes y probatorios, ni qué valor concedió a pruebas que aparentemente no cumplían el criterio de "testimonios científicos" que articuló. El análisis de las pruebas realizado por el Grupo Especial no fue "crítico y penetrante" dado que se limitó a señalar las deficiencias de las pruebas aisladamente, sin hacer nada con esas deficiencias. No examinó las pruebas de manera global y en ningún momento llevó a cabo un análisis crítico de la totalidad de las pruebas consideradas conjuntamente. El Grupo Especial tampoco proporcionó una explicación razonada y adecuada de por qué las supuestas deficiencias de las pruebas relativas al consumo y la prevalencia presentadas por los reclamantes eran de tal naturaleza que se justificaba prescindir por completo de esos análisis. El Grupo Especial aceptó todas las pruebas de Australia, aunque reconoció deficiencias y limitaciones, pero "redujo a cero" todas las pruebas de los reclamantes en cuanto consideró que no eran perfectas, sin dar la necesaria explicación adecuada.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.982.

VII.2 El Grupo Especial desestimó, y por lo tanto tergiversó, importantes elementos de prueba presentados por los reclamantes

46. El Grupo Especial desestimó y tergiversó las pruebas de los reclamantes, dado que omitió por completo las importantes observaciones de réplica formuladas por sus expertos a las críticas de Australia, que el Grupo Especial sencillamente adoptó como propias. Además, el Grupo Especial citó las conclusiones de los expertos fuera de su contexto y destacó supuestas admisiones sin reflejar siquiera las explicaciones de los expertos que situaban esas supuestas admisiones en su debido contexto. El grado en que el Grupo Especial desestimó y por lo tanto tergiversó las pruebas periciales de los reclamantes relativas a la contribución es generalizado, como se pone de manifiesto en el anexo de esta comunicación.

47. Honduras observa en particular que el Grupo Especial desestimó sin explicaciones las pruebas presentadas por el Profesor Klick, tanto en lo relativo a la demostración de la falta de contribución de las medidas como a los fines de refutar las críticas manifestadas por los expertos de Australia en relación con su análisis y testimonio, que incluye el único análisis longitudinal anterior y posterior "ideal" que se presentó en la presente diferencia. Al no reconocer, y mucho menos abordar, las observaciones formuladas por los expertos de los reclamantes para refutar las críticas de sus propios testimonios o para criticar las pruebas de Australia, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva que no sesgara el análisis a favor de ninguna de las partes.

VII.3 El análisis realizado por el Grupo Especial carece de imparcialidad y refleja una doble norma de la prueba

48. La evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial revela falta de imparcialidad y la aplicación de una doble norma de la prueba a varios niveles.

49. En primer lugar, el enfoque de la "totalidad de los hechos" adoptado por el Grupo Especial funcionó como una técnica de eliminación de las deficiencias individuales reconocidas de las pruebas de Australia anteriores y posteriores a la implementación que según el Grupo Especial constituían un "corpus de pruebas". En cambio, cada preocupación individual, entre ellas numerosas preocupaciones puramente hipotéticas o posiblemente de poca importancia, relativa a los testimonios presentados por los reclamantes constituía el fundamento para rechazar completamente las pruebas de los reclamantes. En ningún momento se consideró que los múltiples informes de expertos preparados por expertos de gran talla, reconocidos como tales en sus respectivos ámbitos, y las pruebas conexas presentadas por las partes reclamantes, constituyeran un "corpus de pruebas" debido a supuestas deficiencias individuales de poca importancia que afectaban a esas pruebas, con lo cual se "redujo a cero" buena parte de las pruebas de los reclamantes. La doble norma está clara.

50. En segundo lugar, el Grupo Especial permitió que Australia atribuyera los efectos combinados del empaquetado genérico y las ASG a las medidas de empaquetado genérico, mientras que exigió a los reclamantes que demostraran efectivamente que ninguno de esos dos elementos hizo ninguna contribución en absoluto, aun cuando los reclamantes no habían impugnado las grandes ASG. Esto es más evidente en el contexto del análisis que hizo el Grupo Especial de las medidas alternativas propuestas, que el Grupo Especial se negó a examinar en combinación con las ASG. Al obrar de este modo, el Grupo Especial exigió efectivamente que la medida alternativa hiciera no solo una contribución equivalente a la del empaquetado genérico, sino de hecho una contribución equivalente a la del empaquetado genérico en combinación con las ASG ampliadas. Si el Grupo Especial consideraba que no era posible separar los efectos del empaquetado genérico de los efectos de las ASG ampliadas que se introdujeron al mismo tiempo, una evaluación imparcial habría examinado también las alternativas suponiendo que se aplicarían en combinación con las ASG ampliadas. El Grupo Especial no llevó a cabo ese análisis objetivo e imparcial.

51. En tercer lugar, el Grupo Especial rechazó las pruebas de los reclamantes y varios de sus modelos econométricos, principalmente porque ponen de manifiesto que, en determinadas condiciones, las pruebas muestran un aumento estadísticamente significativo del consumo de tabaco más que una disminución. El Grupo Especial no podía aceptar una conclusión que no era compatible con la conclusión que esperaba constatar. Por otra parte, el Grupo Especial incurrió en error en su apreciación del concepto de "significación estadística" y, como resultado, reprochó a los reclamantes que no hubieran establecido con certeza que las medidas no estaban funcionando, mientras que no exigió una certeza similar a Australia. Sin embargo, no permitió a los reclamantes llegar con prudencia a esta conclusión sobre la base de un efecto evidente en la dirección opuesta. El Grupo Especial concedió sistemáticamente a Australia el beneficio de la duda.

52. Por último, el experto fantasma del Grupo Especial identificó ciertas preocupaciones relacionadas con la "solidez" de las pruebas presentadas por las partes reclamantes, como por ejemplo el problema de la "multicolinealidad". El Grupo Especial rechazó muchas de las pruebas de los reclamantes sobre la base de esta preocupación de nuevo cuño que Australia no planteó en ningún momento. Aparte del hecho de que en consecuencia el Grupo Especial claramente realizó la argumentación por Australia, tampoco examinó, y esto es importante, si la misma preocupación relacionada con la "solidez" no afectaba también a las pruebas de los expertos de Australia. El Grupo Especial buscó deliberadamente deficiencias en las pruebas de las partes reclamantes pero no examinó las pruebas de Australia, y menos aún aplicó a dichas pruebas un enfoque igualmente estricto.

53. En síntesis, el trato que dio el Grupo Especial a las pruebas refleja una "doble norma de la prueba" en su consideración de las pruebas cualitativas y cuantitativas. El Grupo Especial redujo efectivamente a cero cada elemento de prueba que no consideró perfecto; sin embargo, en contraste, aceptó que la presentación combinada de elementos de prueba evidentemente deficientes por Australia demostraba un cierto grado de contribución de las medidas de empaquetado genérico, aun cuando ninguno de esos elementos de prueba cumplía individualmente el criterio establecido por el Grupo Especial en términos de rigor científico y metodológico. El Grupo Especial utilizó el efecto combinado del empaquetado genérico junto con las ASG ampliadas como punto de partida y asignó ese efecto combinado al empaquetado genérico, mientras que no asignó ningún posible efecto de las ASG a las medidas propuestas como alternativas al empaquetado genérico, por ejemplo. El Grupo Especial planteó preocupaciones novedosas relacionadas con la solidez de las pruebas presentadas por las partes reclamantes sin siquiera examinar si las mismas preocupaciones relacionadas con la solidez se aplicaban igualmente a las pruebas de Australia. La diferencia en el enfoque es evidente y no está en consonancia con la prescripción de realizar un examen imparcial. La doble norma de la prueba está clara.

VII.4 El Grupo Especial no respetó el derecho de las partes al debido proceso

54. El Grupo Especial realizó su propio análisis de las pruebas que se presentaron, que eran de carácter muy técnico, aunque, objetivamente hablando, no tenía las aptitudes técnicas necesarias para hacerlo. El Grupo Especial no compartió con las partes ninguna de las cuestiones o preocupaciones que se le plantearon con respecto a las pruebas técnicas que se habían presentado y en ningún momento expuso ante las partes su propio análisis alternativo, que era esencial para sus conclusiones sobre las pruebas. El Grupo Especial no designó un experto propio en consulta con las partes en virtud de las facultades que le confieren el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC y el artículo 13 del ESD. En cambio, recurrió a un experto fantasma para rehacer el análisis de las partes y encontrar supuestas deficiencias que ni siquiera las partes habían identificado. Además, protegió esas críticas del escrutinio de las partes durante el procedimiento y, hasta la fecha, no ha divulgado la manera en que llegó a determinadas conclusiones basadas en su "reprocesamiento" de los datos "de apoyo" proporcionados por las partes. Al obrar de este modo, el Grupo Especial no respetó el derecho de las partes al debido proceso.

55. Honduras considera que las facultades discrecionales del Grupo Especial para designar expertos de conformidad con el artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC no son ilimitadas. Si, como sucedió en el asunto que nos ocupa, los argumentos eran de un carácter tan técnico y fundamental, el Grupo Especial estaba efectivamente obligado a nombrar un experto. Además, el hecho de que el Grupo Especial no lo hiciera significó que las partes no estaban en condiciones de responder a varias de las críticas (equivocadas) que el Grupo Especial había elaborado de manera independiente a través de su experto fantasma. No dar a las partes una oportunidad de abordar cuestiones nuevas planteadas por primera vez en el informe provisional que no se incluyeron en ninguna de las más de 200 preguntas que planteó el Grupo Especial afectó desfavorablemente a los derechos fundamentales al debido proceso de los reclamantes en particular. Al desarrollar esas nuevas críticas, el Grupo Especial estaba realizando efectivamente la argumentación por Australia, y lo estaba haciendo en secreto con la asistencia de un experto fantasma en lugar de nombrando a un experto propio mediante un proceso transparente y objetivo.

56. Esos errores, examinados individualmente y en combinación entre sí, demuestran que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas relativas al grado de contribución de las medidas, infringiendo así el artículo 11 del ESD. También por esta razón, las constataciones del Grupo Especial sobre el grado de contribución deberían ser revocadas.

57. Por lo tanto, Honduras solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial sobre las pruebas relativas al grado de contribución de las medidas que figuran en el apéndice y en los párrafos 7.1024-7.1045 de su informe, dado que dichas constataciones no fueron el resultado de una evaluación objetiva del asunto por parte del Grupo Especial, en infracción del artículo 11 del ESD, y que en consecuencia declare superfluas y carentes de efectos las constataciones del Grupo Especial que figuran en el párrafo 8.1 a) de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, así como las constataciones conexas que figuran en los párrafos 7.2606 y 8.1 e) de que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

VIII. CONCLUSIÓN

58. Por los motivos expuestos en la comunicación del apelante presentada por Honduras, y sobre la base de los errores de derecho e interpretación jurídica y de la falta de una evaluación objetiva, que vician las constataciones pertinentes del Grupo Especial, Honduras solicita respetuosamente al Órgano de Apelación que revoque y declare superfluas y carentes de efectos las constataciones del Grupo Especial, tal como se expone en la presente comunicación:

- *constatando* que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató en el párrafo 8.1 e) que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- *constatando* que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató en el párrafo 8.1 d) que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- *constatando* que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató en el párrafo 8.1 a) que Honduras no ha demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y
- *constatando* que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, infringiendo así el artículo 11 del ESD.

ANEXO B-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELANTE PRESENTADA
POR LA REPÚBLICA DOMINICANA****INTRODUCCIÓN**

1. El 1 de diciembre de 2012, Australia introdujo las medidas de empaquetado genérico del tabaco ("TPP"). Estas medidas prohíben todos los elementos de diseño del empaquetado para la venta al por menor de tabaco y de los propios productos de tabaco, así como las marcas de cualquier tipo en las barras de cigarrillos, para tratar de reducir el consumo de tabaco.
2. La República Dominicana no decidió a la ligera impugnar las medidas TPP. Tampoco ha decidido a la ligera mantener esa impugnación en apelación. La República Dominicana reconoce que cualquier impugnación jurídica de una medida de control del tabaco será acogida con escepticismo.
3. Sin embargo, el valor del mecanismo de solución de diferencias de la OMC reside en el hecho de que el órgano resolutorio debe adoptar su decisión sobre una base objetiva. A lo largo de varios decenios, los grupos especiales y el Órgano de Apelación se han ganado merecidamente la reputación de basar sus decisiones en un examen transparente y riguroso de pruebas fiables, y magistrados de la Corte Internacional de Justicia ("CIJ") han elogiado a la OMC por establecer una "mejor práctica".¹
4. Al someter la presente diferencia a la OMC, la República Dominicana no pretendía limitar el derecho legítimo de Australia a proteger la salud pública mediante la reducción del consumo de tabaco. En realidad, la República Dominicana demostró ante el Grupo Especial que las medidas TPP no logran su objetivo de reducir el consumo de tabaco y propuso que Australia adoptara rigurosas medidas alternativas de control del tabaco de eficacia comprobada. En particular, Australia podría aumentar la edad mínima para la compra legal ("EMCL") a 21 años y podría incrementar los impuestos. Según reconoció el Grupo Especial, estas medidas son universalmente aceptadas -también por la Organización Mundial de la Salud- como medidas eficaces para reducir el consumo de tabaco, especialmente entre los jóvenes.
5. Aunque respetaba la prerrogativa de Australia de adoptar medidas para reducir el consumo de tabaco, la República Dominicana recurrió a la OMC para tratar de preservar las oportunidades de competencia que podrían derivarse de la exhibición de las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas ("IG") y otros elementos de diseño en las partes residuales del empaquetado que quedan una vez cumplidos los requisitos de advertencias sanitarias gráficas ("ASG").
6. El Grupo Especial coincidió en que esos elementos crean oportunidades de competencia mediante la diferenciación de las marcas, que "genera fidelidad en los consumidores y aumenta su disposición a pagar".² Como él mismo constató, "las medidas TPP limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de esa diferenciación de marcas".³
7. Es bien sabido que muchos países en desarrollo rechazaban las protecciones jurídicas en materia de propiedad intelectual que las naciones desarrolladas exigían en las negociaciones de la Ronda Uruguay, al dudar de los beneficios que la protección de esos derechos podría aportar a sus economías.
8. Sin embargo, la protección de las marcas de fábrica o de comercio e IG ha adquirido una importancia considerable para la República Dominicana, ahora que el propio país ha dejado de ser un exportador de hojas de tabaco sin elaborar para transformarse en el primer productor y exportador mundial de cigarros (puros) premium con marca. Esta notable transformación se produjo

¹ *Causa relativa a las plantas de celulosa*, Opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párrafo 16.

² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

en gran medida gracias a la capacidad de sus productores de desarrollar marcas notoriamente conocidas que gozan de reputación por su calidad y constancia.

9. El Grupo Especial rechazó cada una de las alegaciones de la República Dominicana en su informe sobre el asunto *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos* ("informe del Grupo Especial").⁴

10. La República Dominicana está decepcionada por las constataciones del Grupo Especial. Siempre había reconocido que una diferencia de este tipo podía verse influida por actitudes desfavorables hacia el producto. Sin embargo, confiaba en que un Grupo Especial de la OMC realizara su evaluación con arreglo a los criterios habituales de objetividad por los que el sistema de solución de diferencias de la OMC goza de merecido renombre. La decepción de la República Dominicana se deriva de su convicción de que el Grupo Especial no actuó con esa objetividad.

11. Las alegaciones de que el Grupo Especial no fue objetivo son importantes no solo para la República Dominicana, sino también, a juicio de esta, para el sistema de la OMC. La República Dominicana sigue opinando que el valor de la OMC, como foro de solución de diferencias, reside en su voluntad y su capacidad de realizar un examen objetivo de diferencias internacionales complejas y sensibles. La presente apelación tiene por objeto preservar ese valor sistémico.

12. Las alegaciones de falta de objetividad se centran en parte en el proceso que siguió el Grupo Especial para rechazar sumariamente los datos de investigación econométricos de la República Dominicana. El Grupo Especial elaboró y ejecutó sus propias pruebas econométricas detalladas; escribió su propio código informático para realizar las pruebas y después las aplicó a los datos por sí mismo; y denominó a los resultados de su trabajo "datos de investigación".⁵ La República Dominicana no tuvo ninguna oportunidad de ser oída respecto de consideraciones que fueron decisivas para rechazar sus datos de investigación. Esa manera de proceder no es compatible con los dictados de la objetividad: adopción de decisiones equitativas e independientes de conformidad con el debido proceso.

13. Otras alegaciones de falta de objetividad se refieren al trato incongruente dado a las pruebas por el Grupo Especial y a su razonamiento incoherente. A título de ejemplo, el Grupo Especial rechazó las pruebas de la República Dominicana porque se veían afectadas por un problema determinado, pero aceptó las pruebas de Australia, aun cuando las afectaba el mismo problema. Al llegar a esas conclusiones, el Grupo Especial no concilió partes contradictorias de su propio razonamiento, ni tampoco concilió su razonamiento con las pruebas contradictorias obrantes en su expediente.

14. En el presente asunto, el Grupo Especial se ha alejado de lo que constituye una resolución equitativa e independiente no una o dos veces, sino repetidamente. Más adelante en esta introducción ofrecemos dos ejemplos que dan una idea de la falta de objetividad que caracteriza toda la evaluación realizada por el Grupo Especial. En las secciones siguientes presentamos un panorama general de las alegaciones restantes.

15. Junto con las apelaciones relativas a la objetividad del Grupo Especial, la República Dominicana formula distintas apelaciones con respecto a la interpretación y aplicación de la legislación. El Grupo Especial constató que, en virtud de su diseño, las medidas TPP restringen las oportunidades de competencia que "genera[n] fidelidad en los consumidores y aumenta[n] su disposición a pagar".⁶ No obstante, en opinión del Grupo Especial, esas restricciones no constituyen una "restricción" del comercio internacional en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC").

16. El Grupo Especial da a entender que ello se debe a que las medidas TPP no son discriminatorias. Cuando se trata de medidas de esa índole, el reclamante debe probar los "efectos" reales de la supuesta restricción, teniendo en cuenta la repercusión tanto en los consumidores como en los proveedores, y sus respectivas respuestas a las medidas. La constatación del Grupo Especial es contraria a la jurisprudencia de larga data según la cual las obligaciones en el marco de la OMC

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1.

⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.

protegen las oportunidades de competencia y no es necesario que un reclamante pruebe los efectos comerciales reales en el mercado.

17. La República Dominicana propuso medidas alternativas menos restrictivas, como aumentar la EMCL a 21 años e incrementar los impuestos. El Grupo Especial constató que esas alternativas no restringirían menos el comercio que las medidas TPP ni harían una contribución equivalente al objetivo de Australia, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Así lo hizo a pesar de que consideraba que esas dos alternativas eran igualmente eficaces para *reducir el consumo de tabaco*, que es el objetivo de Australia, y que no reducirían las oportunidades de competencia a que da lugar la diferenciación de los productos de tabaco mediante la utilización de marcas. No obstante, las alternativas no hacían una contribución equivalente a la de las medidas TPP porque no funcionaban mediante el mismo *medio o mecanismo* que las medidas TPP, a saber, mediante la reducción del atractivo del empaquetado del tabaco y los productos de tabaco. Sin embargo, según la jurisprudencia firmemente arraigada, la equivalencia de una contribución debe evaluarse a la luz del *objetivo* de una medida, y no del *mecanismo* que esta utilice para alcanzar ese objetivo. El Grupo Especial ha confundido erróneamente el *medio* con el *fin*.

18. Las medidas TPP prohíben la exhibición de marcas verbales en las barras de cigarrillos, mientras que permiten exhibir esas marcas en el empaquetado del tabaco y en las barras de cigarros. La República Dominicana alegó que la prohibición del uso de marcas verbales en las barras de cigarrillos era contraria al artículo 20 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC"). El Grupo Especial no examinó esta parte de las alegaciones de la República Dominicana y, por tanto, incumplió su mandato.

19. Por último, la República Dominicana ha obrado también con cautela al solicitar al Órgano de Apelación que complete el análisis. En general, si el Órgano de Apelación acepta un motivo de apelación, la República Dominicana no le solicita que complete el análisis. La República Dominicana reconoce que el Órgano de Apelación se muestra generalmente cauteloso en cuanto a hacerlo y exige un expediente claro de hechos o constataciones fácticas no controvertidos. En general, no existe un expediente de ese tipo al que la República Dominicana pueda, de buena fe, remitir al Órgano de Apelación.

A. Ejemplo (1): la elaboración por el propio Grupo Especial de una prueba de "no estacionariedad"

20. El primer ejemplo concierne a uno de los criterios econométricos detallados que el Grupo Especial elaboró por sí mismo, a saber, el de la "no estacionariedad", que utilizó para rechazar algunas de las pruebas econométricas de los reclamantes. Por el momento, dejamos de lado la cuestión de fondo de lo que significa ese concepto econométrico y nos centramos simplemente en el *proceso* seguido por el Grupo Especial.

21. Antes de leer el informe del Grupo Especial, el equipo de funcionarios gubernamentales y juristas externos de la República Dominicana nunca había oído hablar de la "no estacionariedad" y no tenía ni idea de lo que significaba ese término. La razón de ello es que el concepto de "no estacionariedad" no se había tratado nunca con las partes durante la etapa informativa del procedimiento del Grupo Especial, que duró un año y medio. Ese concepto no surgió en las más de 50 comunicaciones de las partes al Grupo Especial ni en los más de 20 informes econométricos de expertos presentados por las partes. El Grupo Especial se reunió dos veces con las partes y sus expertos, y formuló en total 207 preguntas escritas a las partes. Sin embargo, no hizo en ningún momento ni una sola pregunta sobre la "no estacionariedad". Por su parte, Australia nunca había dado a entender que las pruebas econométricas de la República Dominicana fueran erróneas debido a la "no estacionariedad", aunque presentó numerosas comunicaciones sobre esas pruebas y formuló muchas otras críticas de carácter econométrico.

22. Aun así, el Grupo Especial rechazó los datos de investigación econométricos de la República Dominicana -pero no los de Australia- debido a problemas de "no estacionariedad" que él mismo había identificado, utilizando una prueba econométrica que había elaborado y ejecutado *por sí mismo, sin dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones*.

23. Como resultado, la República Dominicana se vio privada de la oportunidad de formular observaciones sobre cuestiones importantes como: la pertinencia de esa prueba para los hechos, la

manera en que debía aplicarse la prueba, la forma en que debían interpretarse los resultados de la prueba, y la cuestión de si los modelos podrían ajustarse fácilmente para resolver un problema de "no estacionariedad" percibido. Baste decir que se trata de cuestiones consiguientes.

24. *En primer lugar*, el concepto de "no estacionariedad" y el concepto asociado de "estacionariedad" no siempre son pertinentes en un análisis econométrico. La pertinencia de la prueba y la interpretación de los resultados dependen de las circunstancias.

25. *En segundo lugar*, si las circunstancias llevan a pensar que la no estacionariedad podría efectivamente ser pertinente, no existe una forma estándar de verificarla. Entre las numerosas pruebas disponibles, se suelen utilizar tres diferentes para verificar la no estacionariedad, y esas pruebas diferentes pueden dar resultados distintos. Para realizar cualquiera de las pruebas, un investigador debe escribir un código informático que aplicará la prueba, y después debe dejar que un ordenador ejecute la prueba en el conjunto de datos.

26. *En tercer lugar*, una vez realizadas las pruebas, el investigador debe decidir cómo interpretar los resultados generados para determinar si estos indican la existencia de un problema de "no estacionariedad" o no. Como ayuda para interpretar los resultados, el investigador puede tener que efectuar pruebas econométricas adicionales, utilizando un nuevo código informático, a fin de establecer si existe efectivamente un problema de "no estacionariedad".

27. La manera en que el Grupo Especial elaboró y ejecutó las pruebas de "no estacionariedad", con inclusión, por ejemplo, del código informático que utilizó, y los resultados que su prueba generó, no se describen en su informe ni forman parte de su expediente.

28. La República Dominicana se siente consternada por el hecho de que un Grupo Especial de la OMC considere apropiado arrogarse la tarea de elaborar y ejecutar una prueba econométrica detallada de ese modo, y rechazar los datos de investigación de una parte sobre esa base, *sin aportación alguna de las partes*.

29. No es simplemente una cuestión de quién hizo la labor subyacente y de si quien la hizo había sido debidamente designado para realizarla. Se trata más bien de una denegación fundamental de los derechos de debido proceso, que constituyen el elemento central de cualquier sistema de solución de diferencias equitativo e independiente. Sencillamente no es equitativo e independiente que un órgano resolutorio: elabore y ejecute una prueba econométrica por sí mismo, sin que ninguna de las partes haya planteado jamás la cuestión; utilice esa prueba para rechazar los datos de investigación de una parte; y prive a esa parte de toda oportunidad de formular observaciones sobre la prueba que él mismo ha realizado.

30. Los dos mismos magistrados de la CIJ que elogiaron a la OMC por haber establecido una "mejor práctica" en el trato de las pruebas reprocharon a la CIJ que hubiera recurrido a "expertos fantasmas". Indicaron que el recurso a "expertos fantasmas" priva al proceso resolutorio de "transparencia, apertura, equidad procesal, y la posibilidad de que las partes formulen observaciones sobre las pruebas presentadas a la Corte o la asistan de otro modo para comprender esas pruebas".⁷ El uso por la CIJ de "expertos fantasmas" también ha recibido considerables críticas en publicaciones académicas por las mismas razones.⁸

31. Al mismo tiempo que privó a la República Dominicana de sus derechos al debido proceso, el Grupo Especial "abonó los argumentos" de Australia. Elaboró y ejecutó una prueba econométrica detallada que Australia ni siquiera había mencionado nunca, y mucho menos hecho valer como parte de sus "argumentos". Sin embargo, la prueba econométrica realizada por el propio Grupo Especial pasó a ser una parte importante de su constatación de que las medidas TPP no eran incompatibles con las obligaciones de Australia en el marco de la OMC. Al utilizar su propia prueba econométrica de ese modo, el Grupo Especial se ha alejado mucho de una resolución razonable, justa e independiente.

⁷ *Causa relativa a las plantas de celulosa*, Opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párrafo 14.

⁸ Véase, por ejemplo, Kate Parlett, "Parties' Engagement with Experts in International Litigation", *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, 1-13, página 6.

32. El Grupo Especial parece suponer que los modelos econométricos de Australia no presentan un problema de "no estacionariedad" debido a la técnica de modelización empleada. Sin embargo, no indica si verificó esa suposición aplicando la misma prueba de "no estacionariedad" a los modelos de Australia. Cuando se aplican a los modelos de Australia las tres pruebas diferentes de "no estacionariedad" habitualmente utilizadas, estas generan los mismos resultados que cuando se aplican a los datos de investigación de la República Dominicana. Aun así, el Grupo Especial aceptó los modelos de Australia y, al mismo tiempo, rechazó los de la República Dominicana. Ese trato incongruente e inexplicable de los datos de investigación pone de relieve la cuestión fundamental del debido proceso.

33. Si se hubiera concedido a la República Dominicana el derecho al debido proceso que le correspondía de formular observaciones sobre la "no estacionariedad" de los datos de investigación econométricos:

- podría haber abordado cuestiones como las siguientes:
 - la pertinencia de ese concepto;
 - cómo verificarlo, con inclusión de cómo realizar pruebas complementarias; y
 - cómo escribir un código informático adecuado para ejecutar la prueba;
- podría haber presentado datos de investigación, con un código informático, que verificaran la "no estacionariedad" de sus propios datos de investigación y de los de Australia, asegurándose de que la totalidad de la documentación y de los resultados constituyeran pruebas obrantes en el expediente; y
- podría haber abordado las siguientes cuestiones:
 - cómo interpretar los resultados de las pruebas;
 - si eran necesarias pruebas complementarias y, en caso afirmativo, cómo realizarlas, y los resultados de esas pruebas;
 - cómo ajustar los modelos para tener en cuenta la "no estacionariedad"; y
 - si los resultados globales de la modelización eran válidos, a pesar de los posibles problemas de "no estacionariedad".

34. En lo que respecta a los modelos tanto de la República Dominicana como de Australia, los resultados de las pruebas de "no estacionariedad" realizadas por la República Dominicana utilizando los tres métodos habitualmente empleados parecen indicar -en ambos casos- que eran necesarias pruebas complementarias para establecer si existía un problema de no estacionariedad. Los resultados de esas pruebas complementarias hacen pensar, en los dos casos, que la no estacionariedad no es un problema. Resulta imposible a la República Dominicana saber si el Grupo Especial llevó a cabo alguna prueba complementaria y, en caso afirmativo, cómo la realizó y cuáles fueron los resultados.

35. La República Dominicana no pide al Órgano de Apelación que decida si los datos de investigación se ven o no afectados por la "no estacionariedad". La apelación se centra en el proceso que siguió el Grupo Especial para evaluar la "no estacionariedad", que se llevó a cabo de manera aislada, sin respetar el derecho de la República Dominicana a ser oída con arreglo al debido proceso. Si se hubiera brindado a la República Dominicana la oportunidad de formular observaciones sobre la "no estacionariedad", podría haber abordado todas esas cuestiones.

36. El sorprendente enfoque del Grupo Especial en relación con la "no estacionariedad" puede contrastarse con el adoptado por el Árbitro en la diferencia *Estados Unidos - EPO* con respecto a esa misma cuestión.⁹ En ese asunto, según ha sabido después el equipo de la República Dominicana, el Árbitro estudió la "no estacionariedad" con las partes: les formuló preguntas sobre esa cuestión; les permitió presentar pruebas relacionadas con el tema; les permitió ajustar los modelos para resolver las preocupaciones percibidas en relación con la "no estacionariedad"; e incluso se basó en modelos

⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafos 5.61 y 6.37.

económicos que presentaban un problema de "no estacionariedad" porque ese problema no invalidaba los resultados de los modelos. En pocas palabras, el Árbitro respetó el debido proceso y actuó con equidad e independencia.

B. Ejemplo (2): el recurso contradictorio por parte del Grupo Especial a un modelo de consumo que, según la propia Australia, era un modelo "sin sentido"

37. Un segundo ejemplo de falta de objetividad ilustra el trato incongruente dado a las pruebas, unido a un razonamiento incoherente e inadecuado. Al evaluar si las medidas TPP reducían el tabaquismo, las partes y el Grupo Especial coincidieron en que era importante tener en cuenta la repercusión de los aumentos de los impuestos especiales de Australia en el tabaquismo. Es un hecho universalmente aceptado que, *cuando los impuestos aumentan, el tabaquismo disminuye*.

38. En el período pertinente, Australia aumentó los impuestos especiales varias veces. El Grupo Especial constató, y las partes se mostraron de acuerdo con él, que en cualquier evaluación econométrica de si las medidas TPP habían reducido el tabaquismo se debían hacer ajustes en función de los aumentos de los impuestos especiales.¹⁰ Esos ajustes en función del "alto precio del tabaco" tienen por objeto asegurar que no se atribuya erróneamente a las medidas TPP una reducción del tabaquismo debida en realidad a un aumento de los impuestos especiales.

39. Con respecto a los modelos de la República Dominicana, el Grupo Especial aplicó estrictamente esos ajustes. Rechazó uniformemente los modelos de la República Dominicana en los que los ajustes en función del alto precio del tabaco no mostraban una disminución estadísticamente significativa del tabaquismo en respuesta al aumento de los precios.¹¹

40. El Grupo Especial no aplicó el mismo criterio estricto a los modelos económicos de Australia. En una etapa avanzada del procedimiento, Australia presentó un modelo destinado a demostrar que las medidas TPP habían llevado a una reducción del consumo de cigarrillos. El modelo de Australia trató de hacer ajustes en función de cada uno de los tres grandes aumentos de los impuestos especiales que habían tenido lugar en el período pertinente, incluido un aumento del 12,5% en diciembre de 2013. Sin embargo, el modelo constató que ese aumento de los impuestos había dado lugar a un aumento estadísticamente significativo del consumo de cigarrillos.

41. En otras palabras, según ese modelo, *la gente compró más cigarrillos cuando los impuestos sobre el tabaco aumentaron un 12,5%*. En una etapa anterior del procedimiento, la propia experta de Australia había calificado correctamente de "sin sentido" ese resultado del modelo.¹²

42. Como las pruebas de Australia se habían presentado en una etapa avanzada del procedimiento, se concedió a la República Dominicana autorización especial para explicar ese resultado "sin sentido" del modelo de Australia. La República Dominicana explicó que ese resultado había llevado a la constatación del modelo de que las medidas TPP reducían el consumo. En pocas palabras, se atribuyó erróneamente a dichas medidas una reducción del tabaquismo que era imputable al aumento del 12,5% de los impuestos especiales. Por consiguiente, la República Dominicana señaló a la atención del Grupo Especial una cuestión que este consideró de importancia fundamental cuando abordó los datos de investigación de la República Dominicana, a saber, si un modelo puede detectar (correctamente) la repercusión del alto precio del tabaco.

43. ¿Cómo evaluó el Grupo Especial los datos de investigación "sin sentido" de Australia y la réplica de la República Dominicana? El Grupo Especial constató que las medidas TPP habían llevado a una reducción del consumo de cigarrillos. La *única* prueba que citó en apoyo de esa constatación fue el modelo de consumo de Australia con la constatación "sin sentido" de que un aumento de los impuestos del 12,5% había dado lugar a un aumento estadísticamente significativo del consumo de cigarrillos.¹³

44. Al hacerlo, el Grupo Especial ni siquiera *mencionó* nunca que el modelo de Australia generaba un resultado "sin sentido", aun cuando la República Dominicana le había alertado sobre ese resultado

¹⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 103-105.

¹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 103-105.

¹² Informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-535) (IEC), párrafo 39.

¹³ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 117; y tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605), página 53.

en una comunicación especial dedicada exclusivamente a esta cuestión. La comunicación de la República Dominicana no se mencionó, y mucho menos se abordó.

45. En cambio, el Grupo Especial sí mencionó *cada* caso en el que un modelo de la República Dominicana no constataba una ***disminución estadísticamente significativa*** del tabaquismo en respuesta al aumento de los impuestos/precios. Cualquier dato de investigación de esa índole aportado por la República Dominicana se rechazó uniformemente. Sin embargo, el Grupo Especial no concilió en absoluto ese trato contradictorio de los modelos de Australia y de la República Dominicana.

46. La evaluación realizada por el Grupo Especial del modelo "sin sentido" de Australia también se aleja de lo que constituye una resolución razonable, independiente y equitativa.

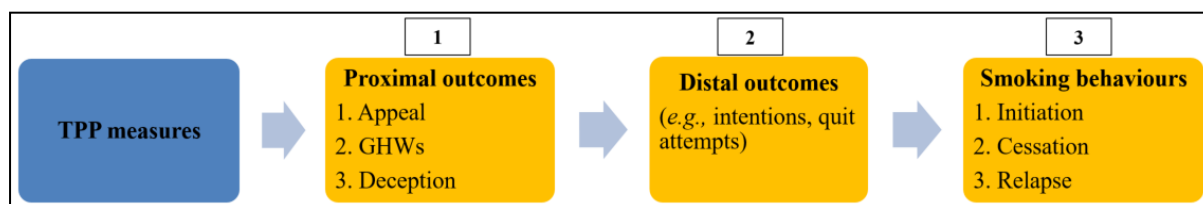
47. Estos son solo dos ejemplos de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva, pero ilustran su falta de objetividad al evaluar los hechos, que redundó sistemáticamente en beneficio de Australia. En las siguientes secciones, la República Dominicana estudia más detalladamente esos ejemplos, junto con muchos otros casos de falta de objetividad por parte del Grupo Especial.

48. En las secciones siguientes ofrecemos un resumen de las alegaciones de la República Dominicana en relación con la evaluación realizada por el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia; la restrictividad del comercio de las medidas TPP; y la disponibilidad de alternativas menos restrictivas del comercio. Después abordamos nuestras alegaciones relativas a las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

II. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS TPP CONTRIBUYEN AL OBJETIVO DE AUSTRALIA

49. La República Dominicana apela la constatación del Grupo Especial según la cual las medidas TPP son adecuadas para contribuir, y contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.¹⁴

50. Como explicó el Grupo Especial, "las medidas TPP [estaban] destinadas a funcionar sobre la base de un 'modelo de cadena causal'", influyendo primero en resultados "*proximales*", con inclusión del atractivo del empaquetado del tabaco, después en resultados más "*distales*", como las intenciones relacionadas con el abandono del tabaco, y, por último, en conductas tabáquicas *reales*, como se describe en la "cadena causal" que figura a continuación.¹⁵



	1	2	3
Medidas TPP	Resultados proximales	Resultados distales	Conductas tabáquicas
	1. Atractivo	(por ejemplo, intenciones, intentos de abandono)	1. Inicio
	2. ASG		2. Abandono
	3. Engaño		3. Recaída

51. El logro del objetivo mediante las medidas TPP se "fundamenta[ba] en su capacidad de influir en [las] *conductas tabáquicas*" mismas. En consecuencia, el Grupo Especial subrayó la importancia de evaluar la repercusión real de las medidas TPP en las conductas tabáquicas en Australia sobre la base de las pruebas del período posterior a la implementación de las medidas (pruebas "posteriores a la implementación").¹⁶

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1043. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.488.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.495. (con resalte en el original)

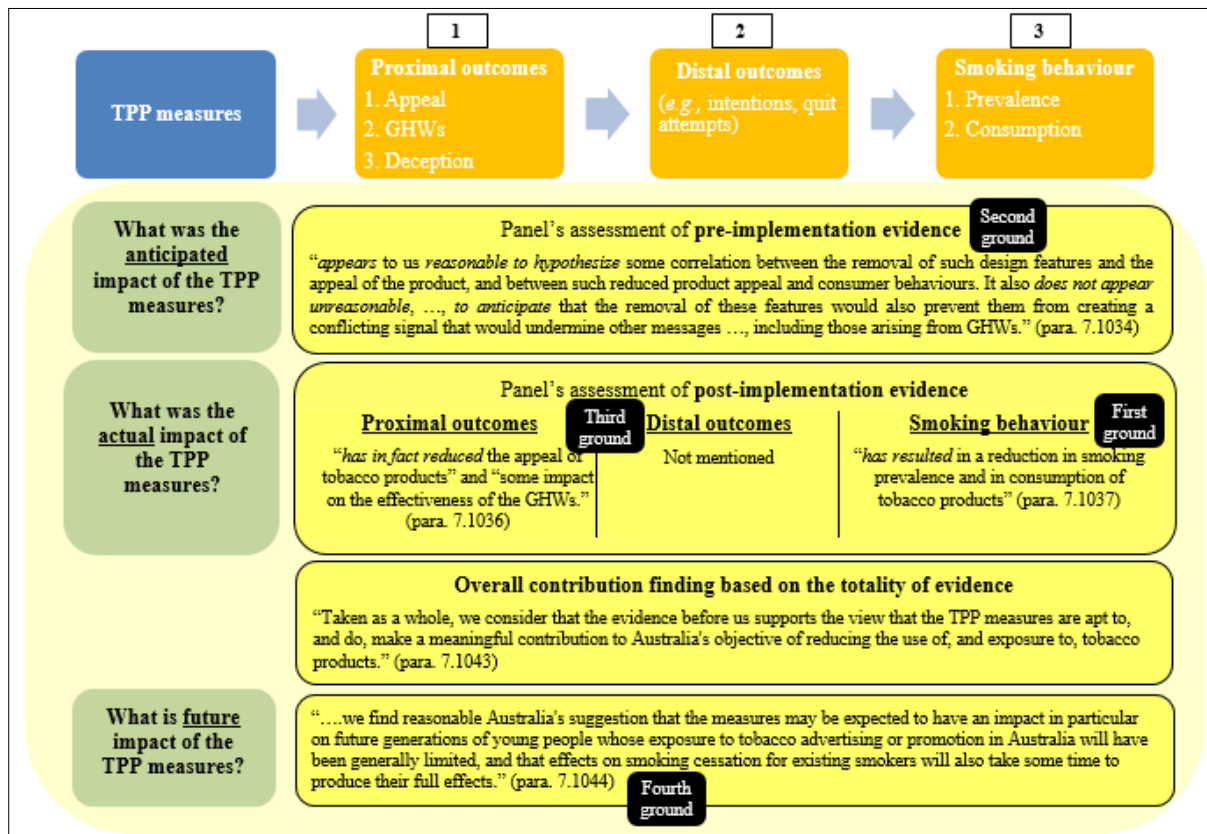
52. A la luz de la "cadena causal" prevista, el Grupo Especial evaluó también otras dos categorías de pruebas: la repercusión *prevista* de las medidas TPP sobre la base de las pruebas del período *anterior* a la implementación de esas medidas ("pruebas anteriores a la implementación"); y la repercusión *real* de las medidas TPP en los *resultados proximales y distales sobre la base* de las pruebas *posteriores a la implementación* relativas a esos resultados.¹⁷

53. A partir de su evaluación de esas tres categorías de pruebas, el Grupo Especial llegó a la conclusión general de que "las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, [...], *son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen*, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".¹⁸ Habiendo llegado a esta constatación, el Grupo Especial consideró también que era "razonable" esperar que las medidas TPP podrían tener una repercusión en el futuro.¹⁹

54. En las secciones siguientes, la República Dominicana resume sus alegaciones relativas a cada una de esas categorías de pruebas. Para facilitar la consulta, las constataciones del Grupo Especial con respecto a cada categoría, y el correspondiente motivo de apelación, se muestran en la

55. Figura 1 *infra*.

Figura 1: La estructura de la apelación de la República Dominicana



	1	2	3
Medidas TPP	Resultados proximales	Resultados distales	Conducta tabáquica
	1. Atractivo	(por ejemplo, intenciones, intentos de abandono)	1. Prevalencia

¹⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.983. Las pruebas posteriores a la implementación muestran los efectos combinados de las medidas TPP y las ASG ampliadas, porque se introdujeron el mismo día (a saber, el 1 de diciembre de 2012).

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025. Véanse también los párrafos 7.1037, 7.1039, 7.1043 y 7.1045.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

	2. ASG		2. Consumo
	3. Engaño		
¿Cuál era la repercusión <u>prevista</u> de las medidas TPP?	Evaluación por el Grupo Especial de las pruebas anteriores a la implementación SEGUNDO MOTIVO "[N]os <i>parece razonable plantear la hipótesis</i> de que existe alguna correlación entre la eliminación de esos elementos de diseño y el atractivo del producto, y entre ese menor atractivo del producto y los comportamientos de los consumidores. <i>Tampoco nos parece irrazonable, ..., prever</i> que la eliminación de estos elementos también impediría que generaran señales contradictorias que socavasen otros mensajes..., incluidos los que transmiten las ASG". (párrafo 7.1034)		
¿Cuál fue la repercusión <u>real</u> de las medidas TPP?	Evaluación por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación		
	TERCER MOTIVO		PRIMER MOTIVO
	<u>Resultados proximales</u> "ha reducido efectivamente el atractivo de los productos de tabaco" y "alguna repercusión en la eficacia de las ASG". (párrafo 7.1036)	<u>Resultados distales</u> No se mencionan	<u>Conducta tabáquica</u> "ha dado lugar a una reducción de la prevalencia de fumadores y del consumo de productos de tabaco". (párrafo 7.1037)
	Constatación sobre la contribución global basada en la totalidad de las pruebas "Tomadas en su conjunto, ..., consideramos que las pruebas de que disponemos apoyan la opinión de que, ..., las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos". (párrafo 7.1043)		
¿Cuál será la repercusión <u>futura</u> de las medidas TPP?	"...consideramos razonable la indicación de Australia de que cabe esperar que las medidas tengan una repercusión en particular en las generaciones futuras de jóvenes cuya exposición a la publicidad y promoción del tabaco habrá sido generalmente limitada, y que también será necesario algún tiempo para que las repercusiones en el abandono del hábito de fumar por parte de los fumadores actuales sean completas". (párrafo 7.1044)		
	CUARTO MOTIVO		

A. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar las pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión real de las medidas TPP en las conductas tabáquicas

56. El primer motivo de apelación de la República Dominicana concierne al hecho de que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva de las pruebas *posteriores a la implementación* relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en la *prevalencia* de fumadores de cigarrillos y cigarros (puros) y *el consumo* de esos productos.

57. La República Dominicana y Australia presentaron pruebas posteriores a la implementación contradictorias sobre la repercusión real de las medidas TPP en las conductas tabáquicas relacionadas con los cigarrillos y los cigarros -es decir, la prevalencia y el consumo- en Australia.

58. El Grupo Especial rechazó las pruebas de la República Dominicana de que las medidas TPP *no* habían afectado a la prevalencia y el consumo de cigarrillos y cigarros porque se percibieron deficiencias en ellas. Aceptó las pruebas de Australia de que las medidas TPP habían i) reducido la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos y cigarros; y ii) reducido el consumo de cigarrillos.²⁰ El Grupo Especial constató que las pruebas no le permitían llegar a una conclusión sobre el consumo de cigarros.²¹

59. Para llegar a esa constatación, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD en lo que respecta a las pruebas relativas a la *tasa* de

²⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 55, 102, 103-108, 111, 118, 119 y 123 c); y apéndice D, párrafos 44, 106-108 y 109-114, y 137 c).

²¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 137 d).

disminución del tabaquismo *utilizada como punto de referencia* (a saber, la tendencia) y a los *criterios de solidez* aplicados por el Grupo Especial para evaluar las pruebas de las partes.

1. Errores del Grupo Especial en relación con la tasa de disminución de referencia

a. *El Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de la tasa de disminución de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos utilizada como punto de referencia*

60. Las partes se mostraron de acuerdo en que la prevalencia de tabaquismo mostraba una tendencia a la baja en Australia antes de que se introdujeran las medidas TPP, tendencia que continuó después de la introducción de dichas medidas.²² También coincidieron en que era necesario tomar en consideración esa "tasa de disminución de referencia" (tendencia) preexistente al estimar la repercusión de las medidas TPP utilizando modelos econométricos.²³

61. Los expertos de la República Dominicana demostraron que la tasa de disminución de referencia *se aceleró* después de 2006, y tomaron en consideración esa aceleración incluyendo un quiebre de la tendencia en 2006.²⁴ La experta de Australia afirmó que la tasa de disminución del tabaquismo utilizada como punto de referencia no había variado entre 2001 y 2015, y empleó una sola tendencia lineal *constante* en sus modelos.²⁵

62. Ese desacuerdo sobre la tasa de disminución de referencia correcta fue importante, porque tuvo un efecto decisivo en las estimaciones de las partes relativas a la repercusión real de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo en Australia. Por ejemplo, cuando la tasa de reducción acelerada posterior a 2006 se aplica a los modelos de prevalencia de Australia, esos modelos ya no muestran una reducción de la prevalencia de tabaquismo atribuible a las medidas TPP.²⁶

63. El Grupo Especial coincidió en que era importante tener en cuenta la tendencia a la baja del tabaquismo registrada desde hacía tiempo para evitar atribuir a las medidas TPP una disminución resultante de esa tendencia.²⁷ Decidió proceder a un análisis en tres etapas de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos para examinar: primero, "si la prevalencia de tabaquismo había disminuido después de la implementación de las medidas TPP"²⁸; segundo, "si la reducción de la prevalencia se había acelerado a partir de ese momento"²⁹; y, tercero, si cualquier aceleración que pudiera identificarse en la etapa 2 era atribuible a las medidas TPP.³⁰

64. En cada una de esas tres etapas, sin reconocerlo o explicarlo, el Grupo Especial adoptó una tasa de disminución de referencia *diferente*, y la tasa utilizada se *desaceleraba* progresivamente en cada etapa (es decir, se volvía *más plana*):

- En la etapa 1, el Grupo Especial *se mostró de acuerdo* con la República Dominicana en que la tasa de disminución se había acelerado en 2006.
- En la etapa 2, el Grupo Especial aplicó una tasa de disminución de referencia diferente *-más plana-* que no tenía en cuenta la aceleración de la tasa de disminución de 2006 constatada en la etapa 1.

La línea de la tendencia de la etapa 2 del análisis del Grupo Especial se presentó en la figura C.19, que fue elaborada por el propio Grupo Especial y no forma parte de su expediente.³¹ En el reexamen intermedio, Australia informó al Grupo Especial de que

²² Segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591), párrafo 11; y tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375), párrafos 32-40.

²³ Tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605), párrafo 39; y tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375), párrafo 40.

²⁴ Véase, por ejemplo, el tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375), párrafos 49, 55, 59 y 65.

²⁵ Tercer informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-605), párrafos 3 d) y 35.

²⁶ Tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375), cuadro 2.1-2.

²⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 41.

²⁸ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 5.

²⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 5.

³⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 5.

³¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, figura C.19.

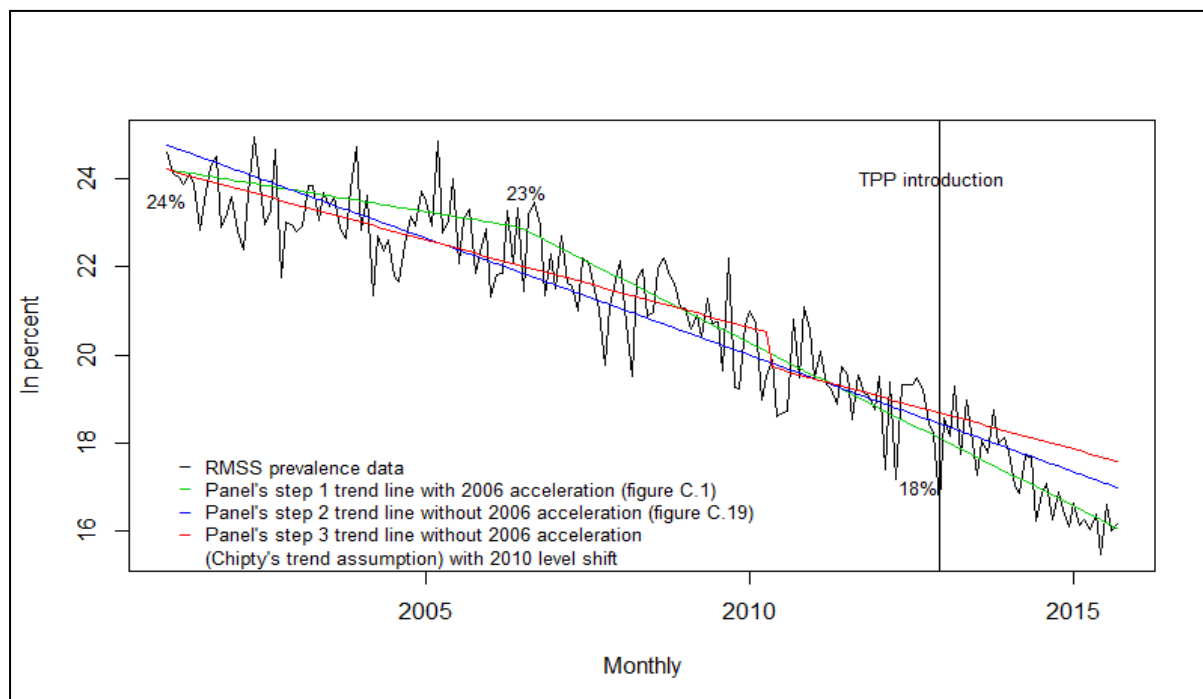
este había atribuido erróneamente esa figura a la experta de Australia. La República Dominicana no ha podido reproducir dicha figura.

- En la etapa 3, el Grupo Especial adoptó una tercera tasa de disminución de referencia, esta vez la utilizada por la experta de Australia, que era *aún más plana* que la empleada en la etapa 2 y tampoco tenía en cuenta la aceleración de la tasa de disminución de 2006 constatada en la etapa 1.

65. En la

66. Figura , la República Dominicana muestra las tres diferentes líneas de las tendencias utilizadas por el Grupo Especial:

Figura 2: Tasa de disminución de referencia constatada en las etapas 1 a 3



En porcentaje	Introducción de las medidas TPP	
	Datos de la RMSS sobre la prevalencia	
	Línea de la tendencia de la etapa 1 del análisis del Grupo Especial con la aceleración de 2006 (figura C.1)	
	Línea de la tendencia de la etapa 2 del análisis del Grupo Especial sin la aceleración de 2006 (figura C.19)	
	Línea de la tendencia de la etapa 3 del análisis del Grupo Especial sin la aceleración de 2006 (Hipótesis de tendencias de Chipty) con el cambio de nivel de 2010	
	Mensual	

67. Cuanto más plana es la línea de la tendencia utilizada inmediatamente antes de la implementación de las medidas TPP (línea vertical negra) y más elevada es la tasa de prevalencia en ese momento (intersección de las líneas de las tendencias y la línea vertical negra), más probabilidades hay de constatar un efecto de las medidas TPP en comparación con los datos reales del período posterior a la implementación.

68. Así pues, al hacer el Grupo Especial que la tasa de reducción fuera progresivamente más plana, aumentaron las probabilidades de que constatará, en la etapa 2, que la tasa de disminución de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos se había acelerado tras la introducción de las medidas TPP, y de que constatará, en la etapa 3, que las medidas TPP habían contribuido a la reducción de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos. Como se ha señalado, si el Grupo Especial hubiera utilizado sistemáticamente la línea de la tendencia verde, constatada en la etapa 1, no habría constatado ningún efecto de las medidas TPP. En su constatación sobre las líneas de las tendencias,

el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas de conformidad con el artículo 11 del ESD.³²

69. *En primer lugar*, como resultado del hecho de que el Grupo Especial no adoptara en las etapas 2 y 3 la tasa de reducción de referencia que había establecido en la etapa 1, su razonamiento fue "internamente incoherente".³³ Las constataciones formuladas por el Grupo Especial en las etapas 2 y 3 "no se desprend[ían] lógicamente" de la constatación que había hecho en la etapa 1 de que la tasa de disminución se había acelerado en 2006.³⁴ El Grupo Especial no reconoció ni explicó esa incoherencia en su informe.

70. *En segundo lugar*, en la etapa 2 el Grupo Especial no "di[o] explicaciones razonadas y adecuadas" de sus constataciones.³⁵ En lugar de ello, formuló constataciones que "no ten[ían] fundamento en las pruebas contenidas en el expediente" y presentó sus propias pruebas en la figura C.19, que inicialmente atribuyó -incorrectamente- a Australia.³⁶ Ni el Grupo Especial ni su expediente explican cómo el Grupo Especial elaboró la figura C.19.

71. El Grupo Especial comprometió también los derechos de la República Dominicana al debido proceso porque no "examinó" la figura C.19 con las partes.³⁷ Si se hubiera permitido a la República Dominicana formular observaciones, habría explicado que la figura C.19 se había especificado erróneamente porque no tenía en cuenta la aceleración de la tendencia en 2006, como constató el Grupo Especial en la etapa 1. Por último, al basarse en sus *propias* pruebas en la etapa 2, el Grupo Especial "abon[ó] los argumentos" de Australia.³⁸

b. El Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de la tasa de disminución de la prevalencia de tabaquismo utilizada como punto de referencia en relación con los cigarros (puros)

72. En sus modelos econométricos relacionados con la prevalencia del hábito de fumar cigarros, las partes también tomaron en consideración la tasa de disminución del tabaquismo utilizada como punto de referencia. El experto de la República Dominicana explicó que, en el caso del hábito de fumar cigarros, en 2006 los datos no solo muestran una *aceleración* de la tendencia a la baja (similar a la de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos), sino también un cambio de dirección de la tendencia: pasó de una tendencia *al alza* hasta 2006 (tasa de tabaquismo *creciente*) a una tendencia *a la baja* después (tasa de tabaquismo *decreciente*). El experto de la República Dominicana tomó en consideración ese quiebre de la tendencia en 2006. La experta de Australia no lo hizo y, en cambio, utilizó una tendencia lineal constante entre 2001 y 2015.³⁹

73. Como en el caso de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos, esa diferencia fue fundamental para la constatación del Grupo Especial, basada en el modelo de Australia, de que las medidas TPP habían reducido la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos.⁴⁰ Para llegar a esa constatación, el Grupo Especial no evaluó objetivamente la tasa de disminución de referencia, infringiendo así el artículo 11 del ESD.

³² Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero, párrafo 338.

³³ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, nota 543 al párrafo 5.179.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafos 5.27 y 6.2.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), nota 618 al párrafo 293.

³⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, figura C.19; e informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.146.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1137.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.221; informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 566; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 343.

³⁹ Informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-303); tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375); informe resumido del IPE (Prueba documental DOM-379), párrafos 115-119; e informe de contraréplica de Chipty (Prueba documental AUS-586), párrafos 58-60.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.972 c), 7.986 y 7.1037; y apéndice C, párrafos 122 y 123 c).

74. *En primer lugar*, el Grupo Especial no examinó pruebas que eran pertinentes para su razonamiento e importantes para la argumentación de la República Dominicana. La República Dominicana facilitó pruebas que mostraban que el modelo de Australia se había especificado erróneamente porque no tenía en cuenta el quiebre "evidente y pronunciado" de la tendencia en 2006.⁴¹ Sin embargo, el Grupo Especial aceptó los resultados de Australia sin abordar las pruebas de la República Dominicana.

75. *En segundo lugar*, el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas contradictorias presentadas por las partes fue "internamente incoherente".⁴² En el contexto de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos, el Grupo Especial *rechazó* los modelos de los reclamantes cuando no constataban un efecto estadísticamente significativo de la tendencia en la prevalencia, porque consideró que ese resultado estaba "en contra[dicción]" con la existencia admitida de una disminución de la prevalencia antes de las medidas TPP.⁴³ En cambio, en el contexto de la prevalencia del hábito de fumar cigarrillos, el Grupo Especial *aceptó* el modelo de la Dra. Chipty aun cuando este no constató un efecto estadísticamente significativo de la tendencia.⁴⁴ El Grupo Especial no dio ninguna explicación acerca de esta incoherencia.

2. Errores del Grupo Especial en relación con los criterios de solidez que utilizó para evaluar las pruebas de las partes

76. La segunda categoría de errores observados en la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a los efectos reales de las medidas TPP en la prevalencia y el consumo se refiere a los criterios de solidez que utilizó para evaluar las pruebas econométricas de las partes. Los errores del Grupo Especial no se derivan de la *selección* de los criterios de solidez, sino del hecho de que no *aplicara* esos criterios *objetivamente*. La evaluación que hizo el Grupo Especial careció de objetividad por numerosas razones, entre ellas el hecho de que no se respetaran los derechos de la República Dominicana al debido proceso y de que no se aplicaran los criterios de manera coherente e imparcial.

77. El hecho de que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva concierne a los criterios de solidez que él mismo elaboró y aplicó, *sin* dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones, así como a los criterios que fueron objeto de algunos debates con las partes.

a. Errores del Grupo Especial en relación con los criterios de solidez que no se debatieron con las partes

78. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva por lo que se refiere a dos criterios de solidez que él mismo elaboró y aplicó, sin ninguna intervención de las partes. El primer criterio de solidez que elaboró el propio Grupo Especial concierne al concepto econométrico de "no estacionariedad". La República Dominicana ya ha tratado la cuestión de la "no estacionariedad" anteriormente en la introducción.

79. El segundo criterio de solidez que elaboró el propio Grupo Especial concierne al concepto econométrico de "multicolinealidad". Según la definición dada por el Grupo Especial, la multicolinealidad se presenta "cuando dos (o más) variables explicativas transmiten la misma información".⁴⁵

80. Sin embargo, el propio Grupo Especial identificó la multicolinealidad como un problema, sin que las partes lo hubieran planteado jamás. El Grupo Especial elaboró y ejecutó pruebas de multicolinealidad por sí mismo (utilizando el denominado estadístico de prueba "factor de inflación de la varianza" ("VIF")); escribió y ejecutó un código informático para aplicar la prueba que había elegido; e interpretó los resultados y determinó las consecuencias de esos resultados.

⁴¹ Tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375), párrafo 83.

⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, nota 543 al párrafo 5.179.

⁴³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 116.

⁴⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 120-122; e informe de contrarréplica de Chipty (Prueba documental AUS-586), cuadro 8.

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116.

El Grupo Especial denominó a los resultados de su trabajo "datos de investigación", aunque ninguno de esos "datos de investigación" forma parte de su expediente.

81. El Grupo Especial realizó todo ese trabajo de manera aislada, sin dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones.

82. El Grupo Especial constató que los modelos de la República Dominicana se veían influidos por la multicolinealidad, y los rechazó sobre esa base.⁴⁶ Afirmó que los modelos de Australia no se veían influidos por la multicolinealidad y se basó en ellos. Por razones similares a las expuestas en relación con la no estacionariedad, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD al evaluar la multicolinealidad.

83. *En primer lugar*, el Grupo Especial vulneró los derechos de la República Dominicana al debido proceso al no darle "una oportunidad satisfactoria para formular observaciones".⁴⁷ Si se hubiera dado a la República Dominicana una oportunidad para formular observaciones, podría haber abordado, por ejemplo, las *circunstancias* en las que la multicolinealidad es problemática; *la manera de verificar* la multicolinealidad; y *la cuestión de si la multicolinealidad constituía un problema* en los modelos de las partes.

84. *En segundo lugar*, el Grupo Especial dio un trato incoherente a "pruebas cuantitativas del mismo tipo".⁴⁸ Constató que los modelos de prevalencia de Australia no se veían influidos por la multicolinealidad, aunque no facilitó ninguna información justificativa.⁴⁹ No dijo nada en absoluto sobre si los modelos de consumo de Australia se veían influidos por la multicolinealidad. Tampoco hay en el expediente del Grupo Especial nada que confirme si el Grupo Especial puso a prueba los modelos de Australia y la manera en que lo hizo.

85. La República Dominicana ha reproducido el análisis de la multicolinealidad que hizo el Grupo Especial, utilizando el estadístico de prueba VIF. Los resultados muestran que varios de los modelos de prevalencia y de consumo de Australia *se ven* influidos por la multicolinealidad. Por consiguiente, los modelos de Australia "adolecían de la misma limitación" que llevó al Grupo Especial a rechazar los modelos de la República Dominicana.⁵⁰ Si se hubiera permitido a la República Dominicana ejercer sus derechos al debido proceso, podría haber presentado ese análisis al Grupo Especial.

86. *En tercer lugar*, el Grupo Especial no proporcionó "explicaciones razonadas y adecuadas" con respecto a su constatación.⁵¹ Con el informe del Grupo Especial en la mano, la República Dominicana no ve con claridad cómo evaluó el Grupo Especial la multicolinealidad, por ejemplo si puso a prueba los modelos de Australia y, en caso afirmativo, cómo lo hizo y cuáles fueron los resultados.

87. *En cuarto lugar*, el Grupo Especial "abon[ó] los argumentos" de Australia.⁵² Esta nunca mencionó, y mucho menos afirmó, la multicolinealidad como parte de sus "argumentos". Al elaborar pruebas de multicolinealidad, que se utilizaron para rechazar los modelos de la República Dominicana, el Grupo Especial desarrolló su propia línea de datos de investigación y argumentos que respaldaron los argumentos de Australia.⁵³

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafos 294-295.

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 292.

⁵¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.221.

⁵³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

b. Errores del Grupo Especial en relación con los criterios de solidez que se debatieron con las partes

88. Por lo que respecta a las pruebas relativas a la prevalencia de tabaquismo y al consumo, el Grupo Especial tampoco evaluó objetivamente los criterios de solidez que habían sido objeto de algunos debates con las partes. El Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de cuatro criterios relacionados con: el alto precio del tabaco, la reponderación, la endogeneidad y el supuesto de proporcionalidad. El alto precio del tabaco se ha tratado como ejemplo anteriormente en la introducción.

i. Reponderación

89. Cuando un investigador utiliza datos de encuestas para estimar la repercusión de una intervención de política en una población (como las medidas TPP en la población australiana), debe asegurarse de que el conjunto de datos sea representativo de la población considerada. Como en la población considerada se producen cambios demográficos, los proveedores de datos *reponderan* periódicamente la muestra estudiada para asegurarse de que siga siendo representativa, y el investigador debe tener en cuenta esos eventos de reponderación.

90. El Grupo Especial reconoció la importancia de la reponderación para estimar correctamente la repercusión real de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo en el conjunto de datos de la Roy Morgan Single Source ("RMSS").⁵⁴ También constató que las partes habían tenido en cuenta los eventos de reponderación en el conjunto de datos de la RMSS.⁵⁵ No obstante, rechazó la solidez de la toma en consideración por la República Dominicana de esos eventos de reponderación en el conjunto de datos de la RMSS, mientras que aceptó la solidez de la toma en consideración de esos eventos por Australia. Al actuar de ese modo, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto.

91. La constatación del Grupo Especial de que las pruebas de Australia eran "sólidas" con respecto a la reponderación entrañaba un trato incongruente de las pruebas de las partes.⁵⁶ Los errores del Grupo Especial se refieren al hecho de que este constató que las pruebas de Australia eran sólidas con respecto a la reponderación, a pesar de que los modelos en los que se basó Australia, y que fueron aceptados por el Grupo Especial, se veían afectados por cuestiones que el Grupo Especial consideró problemáticas cuando se presentaban en las pruebas de la República Dominicana.

92. *En primer lugar*, el Grupo Especial aceptó las pruebas de Australia cuando la experta de este país, la Dra. Chipty, se basó en un modelo presentado por el experto de la República Dominicana, el Profesor List, que tenía en cuenta los eventos de reponderación. El Grupo Especial había rechazado la solidez de ese *mismo modelo* cuando lo presentó el Profesor List.

93. *En segundo lugar*, el Grupo Especial aceptó las pruebas de la Dra. Chipty basadas en el modelo del Profesor List que tenía en cuenta la reponderación, a pesar de que la Dra. Chipty se había basado en una especificación intermedia que no tenía en cuenta la tendencia descendente del tabaquismo. Sin embargo, el Grupo Especial insistió en otra parte en que los modelos de los reclamantes no eran aceptables si no tenían en cuenta la tendencia descendente del tabaquismo.

94. *En tercer lugar*, el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas de las partes relativas a la multicolinealidad fue incongruente. Por un lado, el Grupo Especial rechazó los modelos de la República Dominicana cuando tenían en cuenta la reponderación, basándose en la opinión de que la reponderación aumentaba la multicolinealidad.⁵⁷ Por otro lado, aceptó los modelos de la Dra. Chipty cuando esta tenía en cuenta la reponderación, a pesar de que todos sus modelos se veían también influidos por la multicolinealidad, y de que, en el caso de cada modelo, la reponderación aumentaba la multicolinealidad.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁵⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

95. Además, el razonamiento del Grupo Especial relativo al trato de los eventos de reponderación en las pruebas de las partes fue "internamente incoherente".⁵⁸ El Grupo Especial "[r]econoc[ió] la importancia de tratar de tener en cuenta" la reponderación, y consideró importante que los resultados de Australia relativos a la prevalencia fueran "sólidos" si se tenía en cuenta la reponderación.⁵⁹ Sin embargo, el Grupo Especial hizo caso omiso del hecho de que los modelos de la Dra. Chipty no "tratar[an] de tener en cuenta" los cuatro eventos de reponderación en el conjunto de datos de la RMSS.

ii. Endogeneidad

96. En aplicación de uno de los criterios utilizados para evaluar la solidez econométrica, el Grupo Especial evaluó si los modelos se veían influidos por la "endogeneidad". La endogeneidad puede presentarse cuando las medidas TPP afectan (indirectamente) al tabaquismo al repercutir en otras variables (como el precio) que se incluyen como variables de control en los modelos.⁶⁰ El Grupo Especial expresó preocupación por el hecho de que, si se producía ese efecto "indirecto" en el tabaquismo (a saber, medidas TPP → variación del precio → cambio en el consumo de tabaco), no se atribuyera a las medidas TPP sino al precio.

97. La cuestión de la endogeneidad guarda relación, por tanto, con la manera en que los modelos de las partes tuvieron en cuenta el alto precio del tabaco. Las partes discreparon en cuanto a la manera de tener en cuenta el alto precio del tabaco en sus modelos de prevalencia y de consumo. Se examinaron tres enfoques diferentes: i) el *precio* (utilización de los precios minoristas, que dan cuenta de las variaciones del precio relacionadas con los impuestos y no relacionadas con los impuestos); ii) los *niveles impositivos* (que dan cuenta de todos los cambios impositivos, pero no de las variaciones del precio no relacionadas con los impuestos); y iii) las *variables binarias del impuesto* (que dan cuenta únicamente de las tres principales alzas impositivas adoptadas por Australia en 2010, 2013 y 2014).

98. El Grupo Especial explicó que el control del precio tiene la ventaja de "da[r] cuenta implícitamente de todos los factores que influyen en el precio del tabaco, incluidos los aumentos del impuesto especial, pero no solo eso", aunque, a diferencia de los niveles impositivos y de las variables binarias del impuesto, puede plantear un problema de endogeneidad (porque las medidas TPP pueden afectar al precio).⁶¹

99. El Grupo Especial rechazó pues los modelos de la República Dominicana que utilizaban un control del precio. Aceptó los modelos de Australia porque, al utilizar variables binarias del impuesto, evitaban un posible problema de endogeneidad.⁶² Al actuar de ese modo, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, infringiendo así el artículo 11 del ESD.

100. El Grupo Especial dio un trato internamente incoherente a "pruebas cuantitativas del mismo tipo".⁶³ En primer lugar, reconoció que Australia, pero no la República Dominicana, había evitado la endogeneidad en los modelos que utilizaban un control distinto al del precio (es decir, variables binarias del impuesto o niveles impositivos).⁶⁴ La República Dominicana presentó varios modelos que utilizaban variables binarias del impuesto y niveles impositivos, pero también fueron rechazados. En segundo lugar, el Grupo Especial desestimó las pruebas de la República Dominicana que utilizaban un control del precio -pero no las de Australia- debido a un posible problema de endogeneidad.⁶⁵ Australia presentó especificaciones de modelos que utilizaban el precio (en vez de las variables binarias del impuesto o los niveles impositivos), y el Grupo Especial se basó en ellas.⁶⁶

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, nota 543 al párrafo 5.179.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 108.

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 120; y apéndice D, párrafo 115.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 106.

⁶² Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafos 107 y 120; y apéndice D, párrafos 106 y 115.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 294.

⁶⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115.

⁶⁶ Segundo informe de réplica de Chipty (Prueba documental AUS-591), cuadro 5, fila [B]; y tercer informe suplementario de List (Prueba documental DOM/IDN-7), cuadro 5.

101. El Grupo Especial tampoco proporcionó explicaciones "razonadas y adecuadas" con respecto a su constatación de que los expertos de la República Dominicana no habían abordado "la repercusión potencial de las medidas TPP sobre los precios".⁶⁷ Por el contrario, por razones de endogeneidad, los expertos de la República Dominicana presentaron modelos que utilizaban las variables binarias del impuesto y los niveles impositivos -y no el precio- y aun así no constataban ningún efecto de las medidas TPP en el tabaquismo. Como explicaron los expertos, esos resultados demostraban que las medidas TPP no afectaban al tabaquismo a través del precio, y que los modelos que utilizaban un control del precio no se veían influidos por la endogeneidad.⁶⁸ El Grupo Especial no concilió su declaración de que la República Dominicana no había abordado "la repercusión potencial de las medidas TPP sobre los precios" con esas pruebas y argumentos.

iii. Supuesto de proporcionalidad

102. En los modelos de consumo de cigarrillos, el Grupo Especial también examinó cómo tener en cuenta el alto precio del tabaco. La República Dominicana había presentado modelos que utilizaban los niveles impositivos (y el precio) como variable de control, mientras que Australia solo había utilizado las variables binarias del impuesto. El Grupo Especial reconoció que, cuando se utilizaban los niveles impositivos -en vez de las variables binarias del impuesto-, las medidas TPP no tenían ningún efecto en el consumo, ni siquiera en los modelos de Australia.⁶⁹ Los niveles impositivos daban cuenta de todos los aumentos de los impuestos, mientras que las variables binarias del impuesto solo daban cuenta del 59% de esos aumentos.

103. No obstante, el Grupo Especial concluyó que no era apropiado usar los niveles impositivos. Esos niveles *se apoyan en el supuesto de que existe proporcionalidad* entre la *magnitud* de un alza de impuestos dada y la *repercusión* de esa alza en el consumo de tabaco.⁷⁰ El Grupo Especial aceptó la afirmación de la Dra. Chipty de que ese denominado "supuesto de proporcionalidad" no era válido en este caso.

104. Por consiguiente, el Grupo Especial rechazó los modelos de consumo de la República Dominicana que utilizaban los niveles impositivos.⁷¹ Al hacerlo, no dio "explicaciones razonadas y adecuadas" de esa constatación, infringiendo así el artículo 11 del ESD.⁷²

105. La afirmación de la Dra. Chipty de que el supuesto de proporcionalidad no era válido se basaba en su propio modelo de consumo de cigarrillos. No obstante, como ha explicado anteriormente la República Dominicana, ese modelo generó resultados "*sin sentido*" que mostraban que un aumento del impuesto del 12,5% en 2013 había dado lugar a un **aumento estadísticamente significativo** del consumo.

106. El Grupo Especial no "explicó cómo conciliaba" su aceptación de las afirmaciones de la Dra. Chipty relativas al supuesto de proporcionalidad, utilizando su modelo de consumo "sin sentido", con "las pruebas y los argumentos de réplica" en contra presentados por la República Dominicana. Estos mostraban que las afirmaciones de la Dra. Chipty de que el supuesto de proporcionalidad no era válido eran una consecuencia directa del resultado "sin sentido" al que había llegado en relación con los impuestos.⁷³

B. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas anteriores a la implementación relativas a la repercusión prevista de las medidas TPP

107. El segundo motivo de apelación de la República Dominicana concierne al hecho de que el Grupo Especial no evaluara objetivamente las pruebas *anteriores a la implementación* relativas a la

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

⁶⁸ Tercer informe del IPE actualizado (Prueba documental DOM-375), párrafo 64.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafos 106 y 116.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 106; e informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 116.

⁷² Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), nota 618 al párrafo 293.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles, párrafo 918.

repercusión *prevista* de las medidas TPP. Por varias razones, tomadas individualmente y en su conjunto, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

108. Las pruebas anteriores a la implementación tenían por objeto *predecir* los efectos *potenciales* de las medidas TPP. Las pruebas incluían las "publicaciones TPP" anteriores a la implementación, así como estudios de investigación basados en la teoría del comportamiento, el dictamen de expertos y documentos de la rama de producción.

1. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto en lo que respecta a las pruebas y argumentos relativos al atractivo de los productos de tabaco antes de la implementación de las medidas TPP

109. Las partes presentaron pruebas y argumentos sobre la cuestión de si cabía *esperar* que las medidas TPP tuvieran un efecto en el atractivo de los productos de tabaco y, en caso afirmativo, de si cabía *esperar* que un cambio del atractivo se extendiera a las conductas tabáquicas reales. Como recordatorio, la reducción del atractivo de las cajetillas era uno de los tres "resultados proximales" ("mecanismos") mediante los cuales las medidas TPP de Australia hipotéticamente influirían en resultados más distales (por ejemplo, las intenciones relacionadas con el abandono del tabaco) y, en última instancia, en las conductas tabáquicas.⁷⁴

110. El contexto de los argumentos de las partes era el denominado "mercado oscuro" de Australia, en el que se prohibía la publicidad tradicional de los productos de tabaco⁷⁵, y se exhibían grandes ASG en el empaquetado, tanto *antes* como *después* de la implementación de las medidas TPP.⁷⁶

111. Según Australia, las medidas TPP reducirían el atractivo y, en última instancia, el tabaquismo, al disminuir las "percepciones positivas" de los consumidores con respecto a los productos de tabaco, especialmente en un mercado oscuro.⁷⁷

112. La República Dominicana explicó que la afirmación de Australia dependía de la existencia de percepciones *positivas* antes de la introducción de la medida TPP. No obstante, los datos recopilados por las entidades australianas de lucha contra el tabaco demostraban exactamente lo contrario: antes de la introducción de las medidas TPP, los jóvenes y los adultos australianos tenían percepciones *negativas* con respecto a las cajetillas australianas con solo parte de la marca, con grandes ASG.⁷⁸

113. La República Dominicana también demostró que la relación que Australia predecía entre el atractivo de la cajetilla y las conductas tabáquicas no estaba respaldada por el comportamiento de los consumidores antes de la implementación: las marcas calificadas de *muy atractivas* para los jóvenes australianos *no* tenían consumidores en Australia, mientras que las marcas que *más se fumaban* en Australia figuraban entre las *menos atractivas* para los jóvenes y los adultos australianos.⁷⁹

⁷⁴ Véase la sección II, *supra*.

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, nota 1338 al párrafo 7.450; para consultar información sobre la publicidad, véase el informe del Grupo Especial, párrafos 2.56-2.60 y 2.67.

⁷⁶ Las ASG cubrían el 30% de la cara anterior y el 90% de la cara posterior del empaquetado del tabaco antes de las medidas TPP, y el 75% y el 90%, respectivamente, después (informe del Grupo Especial, párrafos 2.53-2.55).

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.670 y 7.848; y primera comunicación escrita de Australia, párrafos 152 y 182.

⁷⁸ Declaración oral inicial de la República Dominicana en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial; observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 170 del Grupo Especial tras la segunda reunión sustantiva, párrafo 273; White *et al.* 2015a (Pruebas documentales AUS-186 y DOM-235), página ii43; e informe sobre la encuesta ASSAD de 2011 (Prueba documental DOM-360), páginas 115 y 257.

⁷⁹ Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160, párrafo 280; respuesta de la República Dominicana a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafos 143 y 144, donde se hace referencia a Parr *et al.* (2011a) (Pruebas documentales AUS-117 y JE-24(49)), página 43, y a White y Bariola (2012) (Prueba documental DOM-227), página 19; segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 254; y observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 160, párrafo 280.

114. El Grupo Especial evaluó principalmente las pruebas anteriores a la implementación que *no* se referían específicamente a Australia. Concluyó que el empaquetado del tabaco "puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, para *generar percepciones positivas* de los productos de tabaco", y que el empaquetado genérico reduciría el atractivo de esos productos.⁸⁰ También constató que era "razonable *plantear la hipótesis de que* existe alguna correlación" entre el menor atractivo y las conductas tabáquicas en un contexto en que el empaquetado constituía la "única ocasión de transmitir *una percepción positiva*".⁸¹ Para llegar a esas constataciones, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva en al menos dos sentidos.

115. *En primer lugar*, a pesar de formular más de 20 constataciones intermedias sobre las supuestas percepciones *positivas* de los consumidores con respecto al empaquetado del tabaco, el Grupo Especial no examinó en ninguna parte las pruebas de la República Dominicana de que: 1) antes de las medidas TPP, los Australianos ya tenían percepciones *negativas* acerca de las cajetillas con solo parte de la marca y con grandes ASG; y 2) no existía ninguna relación entre el atractivo de las marcas y el tabaquismo en Australia.⁸²

116. *En segundo lugar*, el razonamiento del Grupo Especial fue "incoherente". Al constatar que el empaquetado genérico lograría cambiar las percepciones *positivas* acerca del empaquetado del tabaco, el Grupo Especial subrayó la importancia del contexto australiano.⁸³ No obstante, no concilió esa constatación con la *única* prueba obrante en el expediente que abordaba las percepciones con respecto al empaquetado del tabaco en el contexto *australiano* anterior a las medidas TPP, que era la prueba de la República Dominicana de que las cajetillas con solo parte de la marca y con grandes ASG ya transmitían percepciones *negativas*.

2. El Grupo Especial no evaluó objetivamente si los "efectos previstos" de las medidas TPP se veían confirmados por los "efectos reales"

117. Las partes coincidieron en que era esencial evaluar si los efectos *previstos* en las pruebas anteriores a la implementación se veían confirmados por los efectos *reales* en el período posterior a la implementación.⁸⁴ Discreparon, sin embargo, acerca de si las predicciones de las pruebas anteriores a la implementación se veían confirmadas en las pruebas posteriores a la implementación.

118. Australia sostuvo que las publicaciones TPP anteriores a la implementación predecían correctamente los efectos reales de las medidas TPP en Australia. La República Dominicana sostuvo que esas publicaciones "exageraban considerablemente" los efectos que se derivaban realmente de las medidas TPP. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas y argumentos de las partes.

119. El Grupo Especial evaluó si la repercusión prevista se veía confirmada por la repercusión real *solamente* con respecto al *atractivo* de los productos de tabaco. Constató que los efectos reales en el atractivo "*confirma[ban], [...] más que desacredita[ban]*" los efectos previstos.⁸⁵ Por otra parte, el Grupo Especial *no* verificó de manera análoga si la repercusión prevista en otros resultados proximales (las ASG y el engaño) y en los resultados distales (por ejemplo, las intenciones de dejar de fumar y los intentos de abandono) se veía confirmada en los efectos reales de las medidas TPP. Más en general, el Grupo Especial no abordó la cuestión de si los efectos reales confirmaban la hipótesis de que las medidas TPP podrían en marcha la cadena prevista de efectos (resultados proximales → resultados distales → conducta tabáquica).

120. El hecho de que el Grupo Especial no adoptara un enfoque "coherente" para su evaluación de esa cadena causal es especialmente problemático porque no verificó precisamente las variables, incluidas las variables más próximas a la conducta tabáquica (es decir, los resultados distales),

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.663 (sin resalte en el original), 7.682 y 7.778.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034. (sin resalte en el original)

⁸² Informe del Órgano de Apelación, CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles, párrafos 918-920.

⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1034.

⁸⁴ Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 573.

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.954. (sin resalte en el original)

respecto de las cuales los efectos previstos no se veían confirmados en las pruebas posteriores a la implementación.

3. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas referentes específicamente a los cigarros (puros)

121. El estudio de Parr *et al.* 2011b, encargado por Australia, era el único anterior a la implementación en el que se examinaba la repercusión prevista del empaquetado genérico en el hábito de fumar cigarros.⁸⁶ Ese estudio adolecía de graves deficiencias metodológicas, algunas de ellas admitidas por los propios autores.⁸⁷

122. El Grupo Especial reconoció las deficiencias científicas del estudio, no obstante lo cual se basó en él.⁸⁸ Al actuar de ese modo, no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.

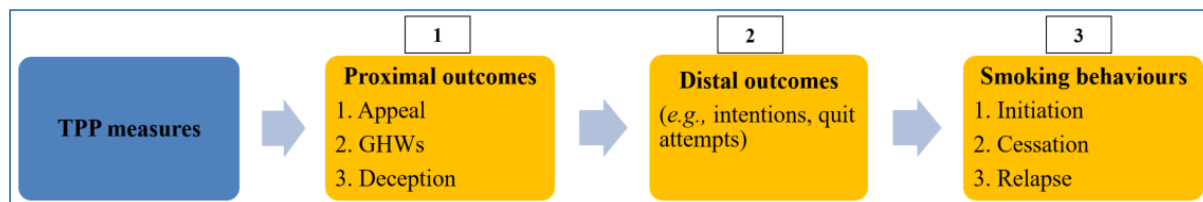
123. *En primer lugar*, el Grupo Especial no "di[o] explicaciones razonadas y adecuadas" de la aceptación del estudio Parr *et al.* 2011b.⁸⁹ Indicó que los autores proporcionaban razones "pertinentes" por lo que respectaba a las deficiencias de su estudio, todas ellas relacionadas con consideraciones prácticas, como limitaciones temporales.⁹⁰ No explicó, sin embargo, por qué esas consideraciones prácticas, o la admisión de esas deficiencias, podían subsanar las deficiencias científicas. Las pruebas siguen siendo erróneas en lo que se refiere al método científico utilizado.

124. *En segundo lugar*, el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas contradictorias fue incoherente.⁹¹ Por ejemplo, aceptó el estudio de Parr *et al.* 2011b a pesar de que contenía factores de confusión significativos. Se mostró satisfecho porque esos factores de confusión se derivaban de consideraciones prácticas. Sin embargo, rechazó las pruebas presentadas por los reclamantes cuando consideraciones prácticas daban lugar a factores de confusión.

C. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar las pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión real de las medidas TPP en los resultados proximales y distales

125. El tercer motivo de apelación de la República Dominicana concierne al hecho de que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva de las pruebas *posteriores a la implementación* relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en los resultados *proximales y distales*.

126. Además de aportar pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión real en la prevalencia de tabaquismo y el consumo, las partes presentaron pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión de las medidas TPP en los resultados *proximales* (es decir, los mecanismos del atractivo, las ASG y el engaño) y en los resultados *distales* más próximos a la conducta tabáquica (por ejemplo, intenciones, intentos de abandono).



	1	2	3
Medidas TPP	Resultados proximales	Resultados distales	Conductas tabáquicas

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.622.

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.621. (sin resalte en el original)

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, nota 1809 al párrafo 7.659.

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), nota 618 al párrafo 293.

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.622.

⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, Argentina - Medidas relativas a la importación, nota 543 al párrafo 5.179.

	1. Atractivo	(<i>por ejemplo</i> , intenciones, intentos de abandono)	1. Inicio
	2. ASG		2. Abandono
	3. Engaño		3. Recaída

127. Las partes consideraron esas pruebas pertinentes para demostrar si las medidas TPP habían puesto en marcha la cadena causal mediante la cual el Grupo Especial preveía que las medidas redujeran el tabaquismo (resultados proximales → resultados distales → conducta tabáquica). Por ejemplo, Australia había financiado una Encuesta nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco ("NTPPTS"), destinada a evaluar si las medidas TPP estaban produciendo cambios en cada etapa de la cadena causal. Se publicaron varios artículos sobre la NTPPTS y otros conjuntos de datos posteriores a la implementación en los que los autores concluyeron que las medidas TPP funcionaban como estaba previsto a través de la cadena causal.

128. A solicitud del Grupo Especial, se dio a la República Dominicana acceso al conjunto de datos de la NTPPTS y a determinados otros datos, así como a los códigos informáticos utilizados por los autores de los artículos publicados.⁹² Sobre la base de los datos proporcionados, la República Dominicana demostró que las medidas TPP no habían puesto en marcha la cadena causal prevista, y que los artículos TPP publicados "ofrec[ían] una imagen inexacta de las pruebas empíricas", entre otras cosas al "subnotifica[r] en gran medida" los resultados que no mostraban ninguna repercusión de las medidas TPP.⁹³

129. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que las medidas TPP (en combinación con las ASG ampliadas) habían "reducido efectivamente el atractivo de los productos de tabaco" y habían tenido "alguna repercusión en la eficacia de las ASG".⁹⁴ En su conclusión, no hizo ninguna referencia a las pruebas relativas a otros resultados proximales o a los resultados distales -que eran numerosas- en los que las medidas TPP no habían tenido efectos positivos.

130. Por diversas razones, tomadas individualmente y en su conjunto, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva, como exige el artículo 11 del ESD.

1. Las constataciones del Grupo Especial sobre los resultados proximales y distales son incoherentes

131. Las constataciones del Grupo Especial relativas a los resultados proximales y distales fueron incoherentes. *En primer lugar*, el Grupo Especial formuló constataciones que eran incoherentes con sus constataciones de que era necesario evaluar los sucesivos eslabones de la cadena causal, y de que no era suficiente considerar únicamente los resultados proximales.⁹⁵

132. El Grupo Especial y las partes reconocieron la necesidad de adoptar un enfoque holístico para evaluar las pruebas relativas a cada eslabón sucesivo de la cadena causal.⁹⁶ El Grupo Especial especificó que los resultados proximales "*únicamente [...] no sería[n] suficiente[s]*" para llegar a conclusiones acerca de la contribución de las medidas TPP a su objetivo de salud pública, y que la repercusión de las medidas TPP "depende de sucesivos 'eslabones de la cadena' causal".⁹⁷

133. No obstante, el Grupo Especial no realizó una evaluación holística de los eslabones de la cadena causal. En lugar de ello, adoptó una evaluación atomística de cada uno de los resultados proximales y distales. Para llegar a su constatación general, se basó después en las pruebas limitadas de los resultados "positivos", y no tuvo en cuenta las pruebas restantes de los resultados "negativos" que no mostraban ningún efecto de las medidas TPP. Esas pruebas "positivas" se referían a determinados resultados proximales (el atractivo y algunos resultados de las ASG). Sin embargo, no se examinaron de manera holística con las pruebas "negativas" relativas a otros resultados proximales (otros resultados de las ASG, el engaño, el disfrute del acto de fumar) y a todos los resultados distales. Estas pruebas restantes mostraban que los limitados efectos positivos en los

⁹² Informe del Grupo Especial, párrafos 1.78-1.100.

⁹³ Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafo 9.

⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1036.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, nota 2303 al párrafo 7.843, y párrafo 7.564.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.488, 7.491, 7.519, 7.580, 7.610, 7.648, 7.684 y 7.1030.

⁹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.564 (sin resalte en el original), 7.693 y 7.699.

resultados proximales *no* se habían extendido a otros resultados, incluidos los más próximos al tabaquismo.⁹⁸ Como mostraba el resultado relativo al "disfrute", los consumidores encontraban menos atractiva su cajetilla, pero *seguían disfrutando del acto de fumar en la misma medida*.

134. En segundo lugar, el resumen que hizo el Grupo Especial de la repercusión de las medidas TPP en los resultados distales no es fiel a sus propias constataciones. El Grupo Especial no reconoció que, en el caso de los dos resultados distales en los que se había constatado un efecto inicial de las medidas TPP (a saber, llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco y evitación de las cajetillas genéricas), ese efecto había experimentado un desgaste en un año.

2. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar la solidez de las pruebas de las partes

135. La pauta de los errores del Grupo Especial en lo que respecta a su evaluación de las pruebas relativas a los resultados proximales y distales refleja los errores relacionados con su evaluación de las pruebas relativas a la prevalencia y el consumo, examinados *supra*. Como en el caso de su evaluación de la prevalencia y el consumo, el Grupo Especial no adoptó un *proceso* que respetara los derechos de las partes al debido proceso, ni evaluó las pruebas de manera coherente e imparcial.

136. Por ejemplo, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas de las partes relativas a las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco. Sin formular ninguna pregunta durante el procedimiento, identificó varias deficiencias en el análisis de dichas llamadas realizado por el experto de la República Dominicana, Ajzen *et al.* Las partes no formularon las críticas identificadas por el Grupo Especial, ni tuvieron ninguna oportunidad de abordarlas. Por ejemplo, el Grupo Especial realizó su propio análisis gráfico, presentando incorrectamente el modelo econométrico de Ajzen *et al.* Las partes no pudieron nunca hacer observaciones sobre ese análisis, que presenta una deficiencia evidente. Si se hubiera permitido a la República Dominicana ejercer sus derechos al debido proceso, podría haber abordado la crítica del Grupo Especial.⁹⁹

137. El Grupo Especial dio también un trato incongruente a las pruebas de las partes al no abordar la cuestión de si el artículo TPP publicado en el que se basó Australia (Young *et al.* 2014) adolecía de las "misma[s] limitaci[ones]" percibidas que el estudio de Ajzen *et al.*¹⁰⁰ De hecho, las pruebas de Australia presentan las mismas deficiencias percibidas que las que el Grupo Especial identificó en dicho estudio. Sin embargo, aceptó el artículo de Young *et al.* 2014 sin formular ninguna crítica.

138. Por último, el Grupo Especial "abonó los argumentos" de Australia. Esta no afirmó, como parte de sus argumentos, que el estudio de Ajzen *et al.* se veía afectado por ninguna de las críticas formuladas por el Grupo Especial.

3. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva al constatar que los conjuntos de datos son menos idóneos para medir la repercusión en los resultados distales

139. Al principio del procedimiento, Australia se basó en artículos TPP publicados en los que se analizaban conjuntos de datos de Australia (por ejemplo, la NTPPTS) para afirmar que las medidas TPP funcionaban a través de la "cadena causal" como estaba previsto en lo que respectaba a los resultados proximales y distales.¹⁰¹

140. Sin embargo, cuando se les dio acceso a los conjuntos de datos y al código informático utilizados por los autores de los artículos TPP, Ajzen *et al.* constataron que las medidas TPP daban lugar a muy pocos cambios en los resultados distales, y que ninguno de esos cambios duraba siquiera un año. Por consiguiente, los datos de Australia mostraban que las medidas TPP no habían puesto

⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.963 b), 7.1036 y 7.1043; apéndice A, párrafos 30-31, 68, 84 y 86 b); y apéndice B, párrafos 40, 59, 71-72, 75, 91, 100, 103 y 120.

⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 347. (sin resalte en el original)

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21), párrafo 292.

¹⁰¹ Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2).

en marcha la cadena causal prevista.¹⁰² En respuesta, Australia afirmó que sus conjuntos de datos no eran en realidad idóneos para evaluar los resultados distales.¹⁰³

141. El Grupo Especial no abordó expresamente la idoneidad de los conjuntos de datos. Sin embargo, al llegar a una conclusión sobre los resultados distales, dijo que los datos de la NTPPTS "p[odían] [...] ser más idóneos" para analizar los resultados proximales "que [...] los [resultados] más distales", en parte porque a los "exfumadores recientes" no se les habían planteado algunas preguntas de la encuesta.¹⁰⁴ Esta constatación no está basada en una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.

142. *En primer lugar*, el Grupo Especial no examinó las pruebas en contrario presentadas por la República Dominicana que mostraban que los conjuntos de datos no eran "menos idóneos" para evaluar los resultados distales.¹⁰⁵ La República Dominicana señaló que los diseñadores de los conjuntos de datos de Australia habían decidido medir la repercusión de las medidas TPP en los resultados distales, y los autores de los artículos TPP habían decidido informar sobre esa repercusión. Ni los diseñadores ni los autores -que coincidían- dieron jamás a entender que los conjuntos de datos no eran idóneos para evaluar los resultados distales. La República Dominicana demostró también que las pruebas empíricas confirmaban la idoneidad de los conjuntos de datos.

143. *En segundo lugar*, el razonamiento del Grupo Especial es internamente incoherente. El Grupo Especial explicó que los conjuntos de datos no eran fiables porque "[a] los 'exfumadores recientes' no se les [habían] plantea[do]" preguntas acerca de los resultados distales, lo que presupone necesariamente que las medidas TPP llevaron a un aumento de las personas que dejan de fumar durante el primer año de la implementación (el período de la encuesta).¹⁰⁶ Sin embargo, el Grupo Especial aceptó en otra parte que las medidas TPP no habían tenido *ninguna* repercusión positiva en el abandono del hábito durante el primer año de la implementación.¹⁰⁷

4. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas referentes específicamente a los cigarros (puros)

144. Tan solo en un artículo -Miller *et al.* 2015- se examinó la repercusión posterior a la implementación de las medidas TPP en el hábito de fumar cigarros.¹⁰⁸ Australia se basó en Miller *et al.* 2015 como prueba positiva de esa repercusión.¹⁰⁹

145. Sin embargo, Ajzen *et al.* identificaron deficiencias metodológicas graves en el estudio. También explicaron que los resultados, incluso si se aceptaban tal cual estaban, mostraban que las medidas TPP no habían tenido los efectos previstos en el hábito de fumar cigarros.¹¹⁰

146. El Grupo Especial aceptó Miller *et al.* 2015 porque: el estudio *reconocía* las deficiencias metodológicas; era el único artículo en el que se abordaba la repercusión de las medidas TPP en los fumadores de cigarros; y *no* estaba *claro* en qué medida habría cambiado los resultados del estudio un método diferente.¹¹¹ Al formular esa constatación, el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD.

147. *En primer lugar*, el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas contradictorias fue incongruente. Por una parte, en lo que respecta a Miller *et al.* 2015, el Grupo Especial se basó en las siguientes razones para *aceptar* el estudio: el reconocimiento de las deficiencias por los autores, la ambigüedad en cuanto a las consecuencias de un cambio de método, y la ausencia de otros datos

¹⁰² Observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 198 del Grupo Especial, párrafos 394 y 713.

¹⁰³ Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 237.

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 118.

¹⁰⁵ Respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 237.

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 118; y segundo informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-8), párrafo 14.

¹⁰⁷ Informe del Grupo Especial, apéndice A, nota 163 al párrafo 101; y apéndice D, nota 50 al párrafo 46, y párrafos 90, 111 y 113.

¹⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.622.

¹⁰⁹ Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 82, 173, 184 y 197, y nota 618 al párrafo 439.

¹¹⁰ Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 457-462; e informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 251-262.

¹¹¹ Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 32 y 71; y apéndice B, párrafos 40 y 76.

pertinentes.¹¹² Por otra parte, al evaluar las pruebas de los reclamantes, el Grupo Especial recurrió a consideraciones similares como razones para *rechazar* la solidez de esas pruebas.¹¹³

148. *En segundo lugar*, el Grupo Especial no dio explicaciones razonadas y adecuadas, ni examinó las pruebas de la República Dominicana, en su evaluación de Ajzen *et al.* y Miller *et al.* 2015. En un caso, citó expresamente a Ajzen *et al.* como la base de constataciones que estaban de hecho *en contradicción* con las pruebas presentadas por Ajzen *et al.*¹¹⁴ En su evaluación de la repercusión de las medidas TPP en el hábito de fumar cigarros, el Grupo Especial tampoco abordó las pruebas de la República Dominicana de que las medidas TPP no tenían ninguna repercusión en determinados resultados distales.¹¹⁵ El hecho de que el Grupo Especial no examinara esas pruebas "influy[ó] [explícitamente] en la objetividad de su evaluación de los hechos".¹¹⁶

5. El Grupo Especial incurrió en error en relación con las pruebas sobre la correlación entre el atractivo de los productos de tabaco y las conductas tabáquicas

149. Tanto la República Dominicana como Australia presentaron pruebas *posteriores a la implementación* relativas a la existencia de una correlación entre el atractivo de los productos de tabaco y las conductas tabáquicas, como se ha indicado anteriormente. A falta de esa correlación, una reducción del atractivo de los productos de tabaco no puede provocar un cambio en las conductas tabáquicas.

150. Para afirmar que existía una correlación, Australia se basó en el análisis de los datos que figuraba en uno de los artículos TPP, a saber, Brennan *et al.* 2015.¹¹⁷

151. Cuando se les dio acceso a los datos y al código informático de los autores, Ajzen *et al.* volvieron a analizar el artículo de Brennan *et al.* y observaron que no corregía el sesgo sistemático hacia la constatación de positivos falsos.¹¹⁸ Ajzen *et al.* corrigieron después ese sesgo y constataron que no había ninguna correlación.¹¹⁹

152. Aunque el Grupo Especial aceptó los resultados de Brennan *et al.*, no examinó las críticas del artículo formuladas por Ajzen *et al.*, en particular el sesgo sistemático hacia la constatación de positivos falsos.¹²⁰ En vez de ello, criticó por separado el análisis realizado por Ajzen *et al.* basándose en que observaba "*solo una o dos*" variables explicativas estadísticamente significativas, por lo que podía estar sujeto a la multicolinealidad.¹²¹ Una vez más, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las pruebas y argumentos de las partes.

153. *En primer lugar*, el Grupo Especial comprometió los derechos de la República Dominicana al debido proceso al aplicar criterios econométricos que no había "examina[do]" con las partes.¹²² Determinó, por propia iniciativa y sin dar a las partes la oportunidad de formular observaciones, que

¹¹² Informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafos 32 y 71; véase también el párrafo 72; y apéndice B, párrafos 40 y 76.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.955; apéndice A, párrafo 69; apéndice B, párrafos 38 y 115-116; apéndice D, párrafo 114; y apéndice E, párrafos 30-31.

¹¹⁴ Véanse el informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 71 (sin resalte en el original); y el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafo 257. Las constataciones del Grupo Especial tampoco pueden estar basadas en el estudio de Miller *et al.* por la sencilla razón de que esos autores no informaron de esos resultados.

¹¹⁵ Véanse el informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafos 40 y 120 e); el informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafo 257; y la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 457-462.

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, CE - Elementos de fijación (China), párrafo 442.

¹¹⁷ Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 204.

¹¹⁸ Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafo 75(e); y segundo informe de réplica de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-8).

¹¹⁹ Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafo 203.

¹²⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116.

¹²¹ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116.

¹²² Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación), párrafo 1137.

el número de variables de control estadísticamente significativas y la multicolinealidad eran pertinentes para evaluar el estudio de Ajzen *et al.*¹²³

154. En segundo lugar, el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas de las partes fue incongruente. Criticó a Ajzen *et al.* por las deficiencias percibidas en relación con el número de variables de control estadísticamente significativas y la multicolinealidad, pero aceptó el análisis de Brennan *et al.* 2015, que adolecía exactamente de las "*misma[s]* limitaci[ones]".¹²⁴

155. En tercer lugar, el Grupo Especial no dio explicaciones razonadas y adecuadas con respecto a su afirmación de que el estudio de Ajzen *et al.* se veía afectado por un número insuficiente de variables de control estadísticamente significativas y por la multicolinealidad. Incluso con el informe del Grupo Especial en la mano, la República Dominicana debe adivinar el fundamento de las críticas formuladas por el Grupo Especial, incluido cualquier fundamento que pueda encontrarse en las publicaciones económicas.

156. En cuarto lugar, y para terminar, el Grupo Especial "abonó los argumentos" de Australia. Esta "no alegó ante el Grupo Especial" que los modelos econométricos de los reclamantes debían evaluarse sobre la base del número de variables de control estadísticamente significativas y de la multicolinealidad.¹²⁵ Nunca mencionó esos criterios como parte de sus argumentos.

D. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar las pruebas relativas a la posible repercusión futura de las medidas TPP

157. El cuarto motivo de apelación de la República Dominicana concierne al hecho de que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva de las pruebas relativas a la posible repercusión futura de las medidas TPP en las conductas tabáquicas.

158. Al principio del procedimiento, Australia adujo que era demasiado pronto para evaluar la repercusión real de las medidas TPP en la prevalencia y el consumo, porque esos efectos no se materializarían, ni serían detectables, hasta algún momento del futuro.¹²⁶ Posteriormente Australia cambió su posición cuando su experta, la Dra. Chipty, alegó haber constatado que las medidas TPP ya habían tenido una repercusión real en la conducta tabáquica.¹²⁷

159. Al mismo tiempo, Australia mantuvo que el mayor efecto en la conducta tabáquica se produciría "a largo plazo".¹²⁸ Australia presentó dos hipótesis: la primera es que los efectos de las medidas TPP en el inicio del hábito entre los jóvenes se diferirán (argumento del "inicio diferido"); y la segunda es que los efectos de las medidas TPP en el abandono se diferirán (argumento del "abandono diferido").

160. La República Dominicana demostró que las dos hipótesis de Australia no habían sido "verificadas y apoyadas por pruebas suficientes".¹²⁹ La teoría del "inicio diferido" se basaba en el supuesto de que los jóvenes australianos tenían percepciones *positivas* del empaquetado del tabaco antes de la introducción de las medidas TPP, lo cual, según había demostrado la República Dominicana, era falso.¹³⁰ La teoría del "abandono diferido" se basaba en el supuesto de que las medidas TPP habían dado lugar a un aumento de los intentos de abandono, lo cual la República Dominicana también había demostrado que era falso.¹³¹ Además, las pruebas de que determinados

¹²³ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 116; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1137.

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21), párrafo 292. (sin resalte en el original)

¹²⁵ Informe del Órgano de Apelación, CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.221.

¹²⁶ Primera comunicación escrita de Australia, párrafo 670.

¹²⁷ Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Australia, párrafo 509; y la respuesta de Australia a la pregunta 196 del Grupo Especial, párrafo 238. Véase también el resumen integrado de los argumentos de la República Dominicana, anexo B-1, párrafos 55-71.

¹²⁸ Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 6, 495 y 498.

¹²⁹ Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafos 379-380.

¹³⁰ Véase *supra* la sección relativa a las pruebas sobre las percepciones de los consumidores.

¹³¹ Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 500; e informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), página 42, cuadro 5A.

efectos de las medidas TPP habían experimentado un desgaste en menos de un año contradecían la hipótesis de Australia según la cual los efectos de esas medidas se reforzarían con el tiempo.¹³²

161. El Grupo Especial no examinó ninguna de esas pruebas y argumentos en su evaluación de la posible contribución futura. En lugar de ello, se limitó a decir que consideraba "razonable" la "indicación" de Australia de que las medidas TPP podían tener efectos diferidos en el inicio y abandono del hábito, y podían por tanto contribuir al objetivo de Australia en el futuro.¹³³ Al actuar de ese modo, el Grupo Especial incurrió en un doble error.

162. *En primer lugar*, el Grupo Especial aplicó incorrectamente el criterio jurídico para evaluar una contribución "futura" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Órgano de Apelación ha subrayado que los grupos especiales deben establecer la posible contribución futura de una medida basándose en "proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes".¹³⁴ En este caso, el Grupo Especial no abordó ninguna prueba para establecer que las hipótesis de Australia habían sido debidamente "verificadas y apoyadas por pruebas suficientes".¹³⁵

163. *En segundo lugar*, el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD. Concretamente, no examinó las pruebas de la República Dominicana relativas a los hipotéticos efectos futuros de las medidas TPP postulados por Australia. Esas pruebas refutaban las premisas de las hipótesis de Australia y eran por tanto sumamente pertinentes para la evaluación del Grupo Especial. Este no ofreció ninguna explicación que mostrara cómo la "razonabilidad" que se afirmaba respecto de la "indicación" de Australia sobre los efectos futuros se basaba en algo más que especulación.¹³⁶

III. LAS CONSTATAciones DEL GRUPO ESPECIAL SOBRE LA RESTRINGIDIDAD DEL COMERCIO DE LAS MEDIDAS TPP SE DERIVAN DE UNA APLICACIÓN ERRÓNEA DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y DEL HECHO DE QUE NO HICIERA UNA EVALUACIÓN OBJETIVA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 11 DEL ESD

164. La República Dominicana explicó ante el Grupo Especial que el párrafo 2 del artículo 2 prohíbe los reglamentos técnicos que "restring[en] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo". Como ha explicado el Órgano de Apelación, una medida restringe el comercio si tiene un efecto limitador en el comercio internacional¹³⁷, por ejemplo limitando las "oportunidades de competencia" de los productos importados, puesto de manifiesto en el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de una medida.¹³⁸ En la presente sección, la República Dominicana resume los errores cometidos por el Grupo Especial en su evaluación de la restringididad del comercio de las medidas TPP.

A. El Grupo Especial incurrió en error al aplicar el concepto de "restringididad del comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

1. El Grupo Especial aplicó erróneamente el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que la existencia de una limitación de las oportunidades de competencia no era base suficiente para que constituyera restringididad del comercio

165. La República Dominicana explicó ante el Grupo Especial que una medida "restring[e] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* si tiene un "efecto limitador" en las "oportunidades de competencia" de los productos importados.¹³⁹ De conformidad con ese criterio, la República Dominicana explicó que las medidas TPP restringen el comercio porque exigen que todos los productos de tabaco se vendan como "mercancías indiferenciadas que parecen

¹³² Segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 483.

¹³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151 (sin resalte en el original); e informe del Grupo Especial, párrafo 7.982.

¹³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.982; e informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151. (sin resalte en el original)

¹³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1044.

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 375 y 477. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.455.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1049.

prácticamente idénticas a cualquier otro producto de tabaco del mercado australiano".¹⁴⁰ Así pues, *en razón de su mero diseño y estructura*, las medidas TPP restringen las oportunidades de competencia que ofrece la diferenciación de productos.¹⁴¹ Las pruebas de los efectos reales en el comercio son *complementarias* y *no* son necesarias para constatar la restrictividad del comercio.¹⁴²

166. El Grupo Especial se mostró de acuerdo, en principio, en que una limitación de las oportunidades de competencia puede demostrarse mediante una evaluación cualitativa del diseño y el funcionamiento de las medidas, y que esa demostración no tiene por qué "basarse en los efectos reales en el comercio".¹⁴³ Coincidió asimismo en que las medidas TPP "limitan las oportunidades de que los fabricantes de tabaco compitan sobre la base de [la] diferenciación de marcas", lo que tiene una repercusión perjudicial en la "fidelidad" de los consumidores y en su "disposición a pagar".¹⁴⁴

167. No obstante, a pesar de reconocer que, en razón de su propio diseño, las medidas TPP limitan las oportunidades de competencia, el Grupo Especial constató que eso no era suficiente para demostrar la restrictividad del comercio. En cambio, constató que debía demostrarse, utilizando "pruebas adecuadas", "cómo dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco".¹⁴⁵ Esta constatación se basaba en una concepción indebidamente restringida de las "oportunidades de competencia" según la cual estas se referían exclusivamente a la competencia (perfecta) relacionada con los precios.

168. El Grupo Especial incurrió además en error en al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al distinguir indebidamente entre la evaluación de la restrictividad del comercio de medidas discriminatorias y de medidas no discriminatorias, lo que es incompatible con la jurisprudencia establecida en el marco del párrafo 2 del artículo 2. El Grupo Especial constató efectivamente que, aunque en el caso de las medidas discriminatorias *no* se requieren pruebas de sus efectos en el comercio para demostrar la restrictividad del comercio, en el de las medidas no discriminatorias *sí* se requieren esas pruebas.¹⁴⁶

2. El Grupo Especial aplicó erróneamente el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al exigir que los datos sobre las ventas de cigarrillos mostraran "exclusivamente" la forma de restrictividad del comercio alegada por la República Dominicana

169. La República Dominicana presentó pruebas de los efectos reales en el comercio de las medidas TPP, a pesar de que esas pruebas no eran necesarias porque dichas medidas, en razón de su diseño, restringen las oportunidades de competencia.¹⁴⁷ Concretamente, presentó pruebas que mostraban un "cambio a productos de menor precio", es decir, la sustitución de productos de gama alta por productos de gama baja debido a la menor fidelidad de los consumidores y a su menor disposición a pagar.¹⁴⁸ El Grupo Especial las rechazó como pruebas de restrictividad del comercio, porque constató que los reclamantes no habían demostrado que la reducción de la razón de cigarrillos de gama alta frente a los de gama baja fuera *exclusivamente* resultado de un cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP.¹⁴⁹ Un requisito de causalidad tan estricto constituye una aplicación errónea del párrafo 2 del artículo 2.¹⁵⁰

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1104.

¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1107.

¹⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1049.

¹⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1076; véase también el informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas relativas a la importación*, párrafo 5.217 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafos 319-320).

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167. (sin resalte en el original) (no se reproduce la nota de pie de página interna)

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168. (con resalte en el original)

¹⁴⁶ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168.

¹⁴⁷ Véanse la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 978; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 938; y las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 151 del Grupo Especial.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197.

¹⁴⁹ Véase el informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 56 c); véase también el apéndice E, párrafo 55.

¹⁵⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 236-239.

3. El Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al exigir la consideración de posibles medidas por parte de los proveedores para contrarrestar los efectos de restricción del comercio de las medidas TPP en los consumidores

170. El Grupo Especial incurrió además en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al considerar la respuesta comercial de los proveedores a las medidas TPP un aspecto necesario del análisis de la restrictividad del comercio. En particular, el Grupo Especial razonó que, dado que los proveedores podrían ajustar su estrategia comercial para contrarrestar el efecto de restricción del comercio de las medidas TPP, ello podría impedir que se llegara a una constatación de restrictividad del comercio.¹⁵¹ No obstante, al establecer la restrictividad del comercio, un reclamante no está obligado a demostrar que los proveedores no pueden adoptar medidas para superar las limitaciones de las oportunidades de competencia impuestas por una medida.¹⁵²

B. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva, de conformidad con el artículo 11 del ESD, de las pruebas y argumentos de las partes relativos a los efectos reales en el comercio de las medidas TPP

171. La República Dominicana presentó pruebas que mostraban que las medidas TPP llevaban a un cambio a productos de menor precio. El Grupo Especial se mostró de acuerdo en que dichas medidas contribuían a la reducción de la razón de cigarrillos de gama alta frente a los de gama baja en Australia. No obstante, constató que eso *no* demostraba los efectos reales en el comercio, sobre la base de su propio "análisis gráfico".¹⁵³ El Grupo Especial constató también que su propio "análisis gráfico" "supon[ía]" que "al menos una parte" de ese descenso de la razón obedecía a la reducción global de las ventas -es decir, al abandono- y *no* al cambio a productos de gama baja.¹⁵⁴ Sin embargo, ni los reclamantes ni Australia presentaron el "análisis gráfico" en el que se basó el Grupo Especial. Más bien, ese material fue elaborado por el Grupo Especial por propia iniciativa. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 en los tres aspectos siguientes.

172. *En primer lugar*, al negar a la República Dominicana la oportunidad de formular observaciones sobre el análisis gráfico del Grupo Especial, y su interpretación del mismo, el Grupo Especial comprometió los derechos de la República Dominicana al debido proceso. *En segundo lugar*, el Grupo Especial no dio "explicaciones razonadas y adecuadas" de las inferencias que había extraído de su propio análisis gráfico, que son incorrectas. *En tercer lugar*, al rechazar las pruebas de los reclamantes sobre la base de su propio análisis gráfico, el Grupo Especial "abonó los argumentos" de Australia.

IV. EL ANÁLISIS POR EL GRUPO ESPECIAL DE LAS ALTERNATIVAS MENOS RESTRICTIVAS DEL COMERCIO PROPUESTAS POR LA REPÚBLICA DOMINICANA REFLEJA LOS ERRORES COMETIDOS EN LA APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y EL HECHO DE QUE NO HICIERA UNA EVALUACIÓN OBJETIVA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 11 DEL ESD

173. En la sección IV.A se resumen los múltiples errores cometidos por el Grupo Especial al evaluar dos de las alternativas que, según adujo la República Dominicana, serían menos restrictivas del comercio y harían una contribución equivalente al objetivo de Australia. Se trataba de las siguientes: 1) un aumento de la edad mínima para la compra legal de productos de tabaco de 18 a 21 años ("aumento de la EMCL"); y 2) un aumento de la tributación especial de los productos de tabaco ("aumento de los impuestos").

A. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar la restrictividad del comercio de las alternativas propuestas

174. La República Dominicana explicó que, además de una restricción basada en el volumen, las medidas TPP entrañaban un *tipo adicional de restricción del comercio* resultante de la eliminación de las oportunidades de competencia relacionadas con la capacidad de diferenciar los productos

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1201, 7.1221, 7.1218 y 7.1181.

¹⁵² Véase el informe del Órgano de Apelación, Tailandia - Cigarrillos (Filipinas), párrafo 117.

¹⁵³ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 55.

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial, apéndice E, párrafo 55.

mediante las marcas. En cambio, las alternativas propuestas por la República Dominicana restringirían el comercio *solo* mediante la reducción del volumen de ventas. Por consiguiente, la República Dominicana explicó que las medidas impugnadas son *más* restrictivas del comercio que las alternativas propuestas.¹⁵⁵

175. Anteriormente en sus constataciones, el Grupo Especial rechazó el argumento de la República Dominicana según el cual la limitación de las oportunidades de competencia relacionadas con las marcas impuesta por las medidas TPP constituye una restricción del comercio, y constató que dichas medidas restringían el comercio *solo* en virtud de su repercusión en el *volumen* del comercio. Recordando esas constataciones, el Grupo Especial concluyó que, en tanto en cuanto las alternativas propuestas por la República Dominicana hicieran una contribución equivalente al objetivo de Australia, reducirían el volumen del comercio en un grado proporcional. Por consiguiente, el Grupo Especial no se mostró convencido de que los reclamantes hubieran demostrado que un aumento de la EMCL o un aumento de los impuestos restringiría *menos* el comercio.¹⁵⁶

176. No obstante, el Grupo Especial había incurrido en error al evaluar la restrictividad del comercio de las medidas TPP. En consecuencia, cuando evaluó si las alternativas propuestas restringían *menos* el comercio que las medidas TPP, el punto de referencia del Grupo Especial -el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP- era inadecuado. Por consiguiente, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las alternativas consistentes en el aumento de la EMCL y el aumento de los impuestos no eran menos restrictivas del comercio que las medidas TPP.

177. Además, el Grupo Especial incurrió en error al evaluar el aumento de la EMCL. Al realizar esa evaluación, el Grupo Especial tuvo en cuenta los "efectos futuros" de la *restrictividad del comercio* de un aumento de la EMCL.¹⁵⁷ Sin embargo, cuando evaluó la *contribución* de un aumento de la EMCL al objetivo de Australia, el Grupo Especial *no* tuvo en cuenta los "efectos futuros" de un aumento de la EMCL. Por consiguiente, el Grupo Especial formuló un razonamiento "incoherente", de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

B. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar la contribución de las alternativas propuestas

178. Ante el Grupo Especial, la República Dominicana adujo que un aumento de la EMCL y un aumento de los impuestos contribuirían al objetivo de Australia al prohibir el acceso de los jóvenes a los productos de tabaco y reducir el acceso financiero a esos productos. El Grupo Especial constató que, aunque esas medidas eran adecuadas para contribuir al objetivo de Australia, no harían una contribución *equivalente* a ese objetivo, porque sin las medidas TPP los efectos del empaquetado del tabaco no se abordarían "en modo alguno", lo que debilitaría las "sinergias" de la política de control del tabaco de Australia.¹⁵⁸ Esta constatación fue resultado de los errores cometidos en el marco del artículo 11 del ESD, así como de una aplicación errónea del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

1. Errores del Grupo Especial en el marco del artículo 11 del ESD

179. En otra parte de su razonamiento, el Grupo Especial se mostró de acuerdo en que otros elementos de la política de control del tabaco de Australia -entre ellos, la ASG, las prohibiciones en los puntos de venta, y la legislación existente contra el empaquetado del tabaco que induzca a error- abordaban los efectos del empaquetado del tabaco. La República Dominicana presentó también argumentos y pruebas a tal efecto. Por consiguiente, la constatación del Grupo Especial de que sin las medidas TPP el empaquetado del tabaco como medio de comunicación no se abordaría "en modo alguno" es sencillamente incorrecta. El Grupo Especial no dio explicaciones razonadas y adecuadas ni ofreció un razonamiento coherente, y no examinó los argumentos y pruebas de la República Dominicana.

180. Al evaluar los "efectos futuros" de un aumento de la EMCL, el Grupo Especial también ofreció un razonamiento "incoherente". Cuando los posibles efectos futuros de una medida favorecían a

¹⁵⁵ Véase la respuesta de la República Dominicana a la pregunta 151 del Grupo Especial.

¹⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1417 (aumento de la EMCL) y párrafo 7.1495 (aumento de los impuestos).

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1413.

¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1459, 7.1462 y 7.1526-7.1531.

Australia, el Grupo Especial los tuvo en cuenta. Sin embargo, cuando los posibles efectos futuros favorecían a la República Dominicana, no lo hizo.

2. Errores del Grupo Especial en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

a. El Grupo Especial incurrió en error al rechazar las alternativas propuestas sobre la base de que contribuían al objetivo de Australia utilizando medios diferentes a los de las medidas TPP

181. El Grupo Especial articuló correctamente el criterio en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, constatando que "una medida alternativa propuesta puede lograr un *grado* de contribución equivalente *de maneras diferentes* a como lo hace el reglamento técnico en litigio y que *lo que es pertinente es el grado global de contribución que hace el reglamento técnico al objetivo perseguido*".¹⁵⁹

182. No obstante, al evaluar los hechos, el Grupo Especial constató que, para hacer una contribución equivalente a la de las medidas impugnadas, las alternativas propuestas *deben* abordar "el *aspecto del problema* que se trata de abordar con las medidas impugnadas".¹⁶⁰ Así pues, a juicio del Grupo Especial, las alternativas que funcionan a través de un mecanismo diferente nunca podrían aportar el *grado de contribución*, porque "*dejaría[n] necesariamente intactos* los aspectos de los productos de tabaco y el empaquetado para la venta al por menor que abordan las medidas TPP".¹⁶¹ En esencia, el Grupo Especial rechazó todas las alternativas que funcionan mediante un mecanismo diferente al de las medidas TPP. Ese enfoque no es compatible con el criterio jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2 articulado por el propio Grupo Especial.

b. El Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC cuando evaluó la presencia de sinergias sobre una base parcial

183. Un aspecto fundamental del razonamiento del Grupo Especial era que las "sinergias" *podían* perderse si se sustituían las medidas TPP por las alternativas propuestas.¹⁶² Por "sinergias", el Grupo Especial se refería a una situación en la que las medidas TPP hacen que otra medida de control del tabaco existente sea más eficaz para reducir el tabaquismo. Sin embargo, el Grupo Especial *solo* tuvo en cuenta la *pérdida* de sinergias que podría derivarse de la sustitución de las medidas TPP; no tuvo en cuenta las sinergias que podrían *obtenerse* con la aplicación de las alternativas propuestas, pese a haber pruebas de esas sinergias.¹⁶³ Por consiguiente, el Grupo Especial no evaluó las alternativas propuestas de la misma manera en que evaluó las medidas TPP.

V. EL ANÁLISIS REALIZADO POR EL GRUPO ESPECIAL DE LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR LA REPÚBLICA DOMINICA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC NO CUMPLIÓ LAS PRESCRIPCIONES DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 7 DEL ESD NI CONSTITUYÓ UNA EVALUACIÓN OBJETIVA DEL ASUNTO DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 11 DEL ESD

184. La República Dominicana adujo que las medidas TPP imponen "exigencias especiales" que "complica[n] injustificablemente" el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales", en el sentido del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC*.¹⁶⁴ Al evaluar esa alegación, el Grupo Especial, en contra de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD, no evaluó en absoluto la justificabilidad de la complicación requerida por un aspecto de las medidas TPP distinto, a saber, la prohibición de las marcas verbales en las barras de cigarrillos impuesta por dichas medidas. Además, las constataciones del Grupo Especial en el marco del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC* se derivaron de las constataciones erróneas que había

¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1454 (sin resalte en el original), donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.215.

¹⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1731.

¹⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1526. (sin resalte en el original)

¹⁶² Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1528.

¹⁶³ Véanse las observaciones de la República Dominicana sobre la respuesta de Australia a la pregunta 148 del Grupo Especial, párrafo 111.

¹⁶⁴ Véase la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 549.

formulado en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en relación con la contribución de las medidas TPP y con las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.2592-7.2593 y 7.2600.

ANEXO B-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELADO
PRESENTADA POR AUSTRALIA**

1. La presente diferencia concierne a impugnaciones de las medidas de empaquetado genérico del tabaco de Australia ("las medidas TPP"), que funcionan de forma que impiden la explotación, que está bien documentada, por la industria tabacalera de los elementos de diseño del producto y del empaquetado para influir en el comportamiento de los consumidores, en particular en el comportamiento de los jóvenes. Australia aplicó esas medidas sobre la base de tres decenios de pruebas y de una recomendación explícita de las Directrices del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud ("OMS") para el Control del Tabaco ("CMCT").
2. Los cuatro reclamantes iniciales entablaron la presente diferencia para impugnar las medidas TPP de Australia, y el Grupo Especial rechazó sus alegaciones en su totalidad. Dos de los reclamantes iniciales han aceptado las constataciones y conclusiones del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD"), y esos informes han sido adoptados. Solo la República Dominicana y Honduras han apelado respecto del informe del Grupo Especial en sus respectivas diferencias.
3. Al impugnar en apelación las constataciones y conclusiones del Grupo Especial, ni la República Dominicana ni Honduras plantean ninguna alegación creíble de que el Grupo Especial incurrió en error en sus interpretaciones jurídicas de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados, o en su aplicación. Con respecto al Acuerdo sobre los ADPIC, Honduras mantiene en apelación solo dos de sus 10 alegaciones iniciales, aduciendo que el Grupo Especial interpretó y aplicó incorrectamente el párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. La República Dominicana ni siquiera plantea sus propios argumentos sobre estos puntos, sino que se limita a incorporar por referencia en su apelación las alegaciones de error formuladas por Honduras. Con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ambos apelantes reconocen que el Grupo Especial "articuló correctamente el criterio jurídico aplicable en el marco del Acuerdo OTC"¹, pero no obstante plantearon una alegación de "error jurídico" por parte del Grupo Especial.
4. En lugar de plantear alegaciones jurídicas creíbles, los apelantes han presentado una impugnación sin precedentes respecto de las constataciones fácticas formuladas por un grupo especial al amparo del artículo 11 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"). Las alegaciones de los apelantes de que el Grupo Especial no llevó a cabo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido se refieren, en su inmensa mayoría, a las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial en apoyo de su conclusión de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no son adecuadas para hacer una contribución al objetivo legítimo de salud pública de Australia.
5. Sin embargo, la profundidad y el rigor de las 1.266 páginas que tiene la versión inglesa del informe del Grupo Especial desmienten por completo las afirmaciones de los apelantes.² En lugar de precipitarse en su juicio, como sostienen los apelantes, el Grupo Especial realizó un examen exhaustivo de más de 5.000 páginas de comunicaciones de las partes, más de 1.600 pruebas documentales y más de 80 informes de expertos.³ A juicio de Australia, es justo decir que el informe del Grupo Especial que tiene ante sí el Órgano de Apelación representa la evaluación de mayor alcance de las pruebas presentadas realizada en la historia del OSD, que abarca, entre otras cosas, cuestiones complejas de salud pública, teoría del comportamiento, mercadotecnia y econometría.

¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 11. Véase también la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 1.245.

² El informe del Grupo Especial, en la versión inglesa, comprende las 889 páginas de su cuerpo principal más 152 páginas de análisis de las pruebas posteriores a la implementación y 226 páginas de anexos.

³ Los informes de expertos presentados por las partes incluían cerca de 30 informes dedicados a complejos análisis econométricos de los datos; cerca de 25 informes sobre salud pública, psicología y teoría del comportamiento; siete exámenes de publicaciones encargados por los reclamantes; ocho informes sobre teoría de la mercadotecnia; cuatro informes sobre el comercio ilícito y las condiciones del mercado; y seis informes sobre medidas alternativas y cumplimiento de la reglamentación.

6. La crítica a las constataciones fácticas del Grupo Especial en el marco del artículo 11 de ESD superó con mucho el alcance de cualquier impugnación anterior con respecto al ejercicio por un grupo especial de su función de determinación de los hechos. Al no haber convencido al Grupo Especial de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer una contribución al objetivo legítimo de salud pública de Australia, los apelantes han ejercido su derecho al examen en apelación en virtud del párrafo 6 del artículo 17 del ESD para tratar de desacreditar la *manera* en que el Grupo Especial evaluó casi todos los elementos de las pruebas cuestionadas, en especial las pruebas cuantitativas disponibles relativas a la contribución en el limitado período posterior a la implementación de las medidas TPP. Las críticas de los apelantes a la objetividad del Grupo Especial en la evaluación de estas pruebas carecen por completo de fundamento y, más en general, suscitan graves preocupaciones sistémicas por la utilización del examen en apelación para volver a litigar sobre las constataciones de hecho de un grupo especial.

I. EL CONTEXTO DE ESTA APELACIÓN

7. Australia implementó las medidas TPP como el siguiente paso lógico en su enfoque integral del control del tabaco, sobre la base de más de tres decenios de investigación. Las pruebas que respaldan esta decisión han sido examinadas por organismos eminentes tales como los sucesivos Directores Generales de Sanidad de los Estados Unidos, el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, el Instituto de Medicina de los Estados Unidos y la OMS, y han sido objeto de exámenes posteriores realizados por expertos independientes encargados por gobiernos y tribunales nacionales.

8. Las pruebas confirmaron, de manera abrumadora: i) la importancia que tiene para la industria tabacalera reclutar a jóvenes y adolescentes para mantener su modelo de negocio; ii) que la industria tabacalera, según ha admitido ella misma, ha utilizado durante decenios el empaquetado del tabaco como medio para la publicidad y promoción de los productos de tabaco; iii) que en un mercado oscuro como Australia, donde están prohibidas todas las demás formas de publicidad y promoción del tabaco, la industria tabacalera ha admitido abiertamente que el paquete de tabaco funciona como una "valla publicitaria" móvil; y iv) que el aspecto del empaquetado del tabaco, incluido el aspecto del propio producto, puede incidir en los comportamientos relacionados con el tabaco, como el inicio de los jóvenes, el abandono y la recaída.

9. Los reclamantes llegaron a las actuaciones del Grupo Especial con pleno conocimiento de esas constataciones concluyentes. Por lo tanto, asumieron la carga de demostrar una serie de tesis *ilógicas* en un intento de establecer que las medidas TPP no son "adecuadas" para contribuir al objetivo de Australia. Los reclamantes formularon primero esos argumentos criticando las amplias pruebas *cualitativas* sometidas al Grupo Especial, y adujeron que:

- las pruebas anteriores a la implementación, que figuraban en numerosos estudios publicados en revistas examinadas por homólogos, no eran "de una calidad o un rigor metodológico" suficiente para proporcionar un fundamento fiable en respaldo de la implementación de las medidas TPP;
- el empaquetado del tabaco *no* es una forma de publicidad o promoción, a pesar de los documentos de la industria tabacalera que confirman que se utiliza y se ha utilizado como tal durante decenios;
- incluso aunque el empaquetado del tabaco *fuera* una forma de publicidad o promoción, no podría cumplir esta función en el contexto del mercado oscuro de Australia; y
- incluso si la marca en el empaquetado del tabaco influyera en el comportamiento de los consumidores, esa influencia se limitaría a las elecciones de los consumidores *existentes* de fumar una marca u otra (demanda secundaria) y no atraería a *nuevos* fumadores a empezar a fumar (demanda primaria).

10. Quizá porque reconocían que esos argumentos no serían suficientes para satisfacer su carga habida cuenta de las claras pruebas cualitativas que respaldaban el empaquetado genérico del tabaco, los reclamantes sostuvieron que solo cabría considerar que las TPP podrían contribuir al objetivo de Australia si hubieran hecho una contribución *cuantificable* a ese objetivo en el limitado período transcurrido desde su implementación. A tal fin, los reclamantes trataron de desplazar la

atención en la diferencia del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP, orientándola hacia análisis econométricos y estadísticos complejos de los datos recabados en el corto período transcurrido desde la implementación de las medidas en diciembre de 2012. El enfoque de los reclamantes con respecto a esos análisis evolucionó en el curso de las actuaciones, y se presentaron al Grupo Especial nuevas teorías para reemplazar las que Australia había refutado.

11. Los reclamantes adujeron en primer lugar que las medidas TPP habían "surt[ido] el efecto opuesto al deseado" al ocasionar un *aumento* de la proporción de la población que fuma (prevalencia) y del volumen total de las ventas de cigarrillos (consumo). Ante los análisis correctivos de los expertos de Australia, los reclamantes no mantuvieron esta línea de argumentación en etapas posteriores de las actuaciones. Los reclamantes pasaron después a aducir que las pruebas econométricas presentadas por sus expertos demostraban definitivamente que *ninguna parte* de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podría *atribuirse* a los efectos de las medidas.

12. Sobre la base de su evaluación exhaustiva de esos argumentos, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían satisfecho la carga que les correspondía de demostrar que las medidas TPP no pueden contribuir al objetivo de Australia.

13. Con respecto a las pruebas anteriores a la implementación, el Grupo Especial las examinó detalladamente a lo largo de 100 páginas, y concluyó que los reclamantes:

- no habían demostrado que las pruebas anteriores a la implementación estuvieran tan fundamentalmente viciadas que no respaldaban *en modo alguno* el funcionamiento de las medidas TPP;
- no habían convencido al Grupo Especial de que el empaquetado del tabaco no tuviera *ninguna* influencia en las conductas tabáquicas, en particular en un mercado oscuro como Australia;
- no habían convencido al Grupo Especial de que los efectos de las marcas en el empaquetado del tabaco se limitan a la demanda secundaria, con exclusión de la demanda primaria de esos productos;
- no habían demostrado que las medidas TPP no podrían reducir el atractivo de los productos de tabaco y, en consecuencia, afectar a las conductas tabáquicas;
- no habían demostrado que los niveles existentes de conocimientos sobre salud y de conciencia de los riesgos en Australia fueran tales que no podrían aumentarse incrementando la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas ("ASG") y, en consecuencia, afectar a las conductas tabáquicas; y
- no habían demostrado que las medidas TPP, por su diseño, no podrían reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores y, en consecuencia, afectar a las conductas tabáquicas.

14. El Grupo Especial también realizó extensos análisis de las pruebas posteriores a la implementación presentadas por los reclamantes, así como de las pruebas de réplica conexas presentadas por Australia, detallando sus constataciones en cuatro apéndices distintos. En definitiva, el Grupo Especial consideró que las pruebas relativas a las pruebas *cuantitativas* posteriores a la implementación apoyaban su conclusión general de que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no fueran adecuadas para contribuir al objetivo de Australia y, en particular, constató que:

- las pruebas posteriores a la implementación indican que la introducción del empaquetado genérico del tabaco "ha reducido efectivamente el atractivo de los productos de tabaco, como se preveía" e indican que el empaquetado genérico ha "tenido alguna repercusión en la eficacia de las ASG"⁴; y

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.636.

- las pruebas posteriores a la implementación relativas a las conductas tabáquicas "son compatibles con una constatación de que las medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco".⁵

15. A pesar de la desproporcionada cantidad de tiempo y del gran número de informes de expertos que los reclamantes dedicaron a refutar esas cuestiones durante las actuaciones del Grupo Especial, parece que ahora los apelantes admiten muchos de estos puntos, lo que no hace sino poner de relieve la vacuidad de sus argumentos. En particular, los apelantes parecen haber admitido que:

- el empaquetado *sí* funciona como publicidad y promoción, y funciona de forma que mantiene la demanda primaria de productos de tabaco para reemplazar a los fumadores que abandonan el hábito o mueren;
- el empaquetado genérico del tabaco afecta a la conducta tabáquica;
- el empaquetado genérico del tabaco ha reducido el atractivo de los productos de tabaco y ha aumentado la eficacia de las ASG precisamente de la manera prevista; y
- las medidas TPP no han surtido el efecto opuesto al deseado, y las tasas de prevalencia y consumo en Australia siguieron *disminuyendo* tras la implementación de las medidas.

16. Sobre la base de esas constataciones no controvertidas del Grupo Especial, está claro y es evidente que *las medidas TPP pueden contribuir al objetivo de Australia*.

II. ALEGACIONES FORMULADAS AL AMPARO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

17. Los cuatro reclamantes en las diferencias iniciales mantuvieron 10 alegaciones distintas al amparo del Acuerdo sobre los ADPIC respecto de las medidas TPP, todas las cuales fueron rechazadas por el Grupo Especial.

18. En su apelación del informe del Grupo Especial en la diferencia DS435, Honduras alega que el Grupo Especial incurrió en error solo con respecto a dos de esas alegaciones iniciales: las formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los argumentos en apelación de la República Dominicana concernientes al Acuerdo sobre los ADPIC se limitan a determinadas alegaciones de error al amparo del artículo 11 del ESD.

19. En relación con sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la estrategia interpretativa de Honduras no ha cambiado desde las actuaciones del Grupo Especial. Honduras confunde disposiciones distintas relacionadas con las marcas de fábrica o de comercio con el fin de inventar un apoyo para su aseveración global y errónea de que esas disposiciones otorgan un "derecho de uso" a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas.

20. Con respecto al párrafo 1 del artículo 16, el Grupo Especial rechazó debidamente todas las alegaciones de los reclamantes sobre la base de su conclusión de que el párrafo 1 del artículo 16 "impone a los Miembros la obligación de conceder al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el derecho de 'imposibilitar o dificultar' que todos los que no tengan el consentimiento del titular usen determinados signos para determinados bienes o servicios, cuando tal uso dé lugar a probabilidad de confusión".⁶ El Grupo Especial constató que el párrafo 1 del artículo 16 "no establece ningún otro derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio, ni menciona el uso de la marca registrada por su titular".⁷

21. Honduras insiste en que su interpretación del párrafo 1 del artículo 16 no se basa en un "derecho positivo de uso" de una marca de fábrica o de comercio.⁸ Al mismo tiempo, Honduras aduce que un Miembro "no cumple su compromiso de garantizar un nivel mínimo de protección" con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 cuando adopta una medida que impide el uso de una marca y por

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1037.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1974.

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1974.

⁸ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 349.

consiguiente "debilita hasta tal punto la marca que prácticamente cualquier alegación de infracción será rechazada".⁹

22. De este modo, la apelación de Honduras respecto de la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16 se basa en el mismo defecto fundamental que sus argumentos iniciales ante el Grupo Especial, y el Órgano de Apelación debería rechazarla por los mismos motivos. Como constató debidamente el Grupo Especial, no hay nada en el texto del párrafo 1 del artículo 16 que indique que los Miembros deban "mantener las condiciones del mercado que harían posible que las circunstancias previstas en esa disposición, incluida la probabilidad de confusión, se produjesen realmente en una situación concreta. Más bien, los Miembros deben asegurar que, en caso de que se den *efectivamente* esas circunstancias, se otorgue el derecho de impedir tal uso".¹⁰

23. La apelación de Honduras respecto de la interpretación que hizo el Grupo Especial del artículo 20 se divide en dos partes. En su apelación principal, Honduras alega que "el Grupo Especial incurrió en error al no adoptar un enfoque de marca de fábrica o de comercio específica".¹¹ La afirmación básica de Honduras es que los Miembros no pueden imponer *nunca* exigencias especiales que compliquen el uso de marcas de fábrica o de comercio por razones relativas a la salud pública o a otras consideraciones de política pública, a no ser que la complicación resultante sea "limitada" (un término que no aparece en el artículo 20) o esté "justificada por una preocupación inherente a la marca de fábrica o de comercio en particular", como los tipos de razones que justificarían la denegación del registro de la marca de fábrica o de comercio en primer lugar.¹² A juicio de Honduras, una prohibición del uso de una categoría de marcas de fábrica o de comercio (como las marcas de fábrica o de comercio figurativas) con una finalidad concreta (como impedir la publicidad y promoción de los productos de tabaco) es injustificable *per se*.

24. La interpretación radical que hace Honduras del término "injustificablemente" no tiene apoyo en el sentido corriente de la palabra, debidamente interpretada en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC (o de la historia de su negociación). Más bien, la interpretación del término "injustificablemente" que propugna Honduras se basa en un intento infundado de leer la Sección 2 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC en el sentido de que incluye un "derecho de uso" y de interpretar el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC como una excepción "limitada" a este "derecho". El Grupo Especial rechazó debidamente la estrategia interpretativa de Honduras, y el Órgano de Apelación también debería rechazarla.

25. La segunda parte de la impugnación que planteó Honduras respecto de la interpretación que hizo el Grupo Especial del artículo 20 está formulada "subsidiariamente" y da por supuesto *arguendo* que el Grupo Especial tiene razón en que el término 'injustificablemente' del artículo 20 se refiere a una excepción de política de aplicación más amplia".¹³ Honduras aduce que, en tal caso, el Grupo Especial incurrió en error al no interpretar el término "injustificablemente" "en el sentido de que exige que se dé preferencia a medidas alternativas que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio y hagan una contribución equivalente".¹⁴

26. Esta segunda parte de la apelación interpretativa de Honduras carece igualmente de fundamento, dado que el Grupo Especial *sí* interpretó efectivamente que el artículo 20 exige un examen de las alternativas propuestas y *sí* examinó de hecho las alternativas propuestas por los reclamantes. Dicho de otro modo, el Grupo Especial hizo lo que Honduras alega que estaba obligado a hacer.

27. En la Parte III.3 de su apelación, Honduras supone *arguendo* que el Grupo Especial interpretó debidamente el término "injustificablemente", pero alega que aplicó incorrectamente el artículo 20 a los hechos.

28. Honduras mantiene, por ejemplo, que el Grupo Especial atribuyó "una importancia indebida a la pérdida de valor económico de las marcas de fábrica o de comercio en lugar de centrarse en la repercusión de las medidas TPP en el uso de una marca de fábrica o de comercio en lo relativo a su

⁹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 429.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2000. (con resalte en el original)

¹¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 52.

¹² Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 146.

¹³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 54.

¹⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 231.

función distintiva".¹⁵ Sin embargo, el Grupo Especial afirmó claramente que su examen de la naturaleza y el alcance de la complicación se "centrar[ía] en las repercusiones de las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio *en la capacidad de una marca para distinguir bienes y servicios de empresas en el curso de operaciones comerciales*".¹⁶ En otras palabras, el análisis del Grupo Especial se centró precisamente en lo que Honduras alega que debía centrarse. Los muchos otros argumentos de Honduras en respaldo de sus alegaciones relativas a la aplicación carecen igualmente de fundamento.

29. La República Dominicana solo plantea una alegación de error separada con respecto a las constataciones del Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. La República Dominicana alega que el Grupo Especial no llevó a cabo ninguna evaluación de sus alegaciones al amparo del artículo 20 concernientes a la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos y que, en consecuencia, actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

30. Del informe del Grupo Especial se desprende con mucha claridad que, de hecho, el Grupo Especial sí examinó las alegaciones de la República Dominicana al amparo del artículo 20 concernientes a las barras de cigarrillos. Hasta donde puede deducir Australia, la República Dominicana parece considerar que el Grupo Especial estaba obligado a tener una subsección distinta en su informe para abordar por separado esas alegaciones. En los artículos 7 y 11 del ESD no existe una prescripción a tal efecto.

31. Por las razones anteriormente expuestas, Australia solicita que el Órgano de Apelación rechace todas las alegaciones de error formuladas por los apelantes al amparo del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

III. ALEGACIONES FORMULADAS AL AMPARO DEL ACUERDO OTC

A. Alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC - Restrictividad del comercio

1. El Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "restringirán el comercio" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

32. En la alegación de error de los apelantes ocupa un lugar central el desacuerdo en cuanto a si cualquier limitación de las "oportunidades de competencia" en el mercado, y en particular la menor oportunidad de competir sobre la base de la diferenciación de las marcas, bastaba para establecer que las medidas TPP "restring[en] el comercio" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A juicio de Australia, el criterio de las "oportunidades de competencia" de la restrictividad del comercio adoptado por los apelantes no tiene base en el texto del párrafo 2 del artículo 2, debidamente interpretado, ni en las constataciones del Órgano de Apelación en asuntos anteriores. Con arreglo a este criterio jurídico excesivamente amplio se haría una lectura del texto del párrafo 2 del artículo 2 en el sentido de que excluye las expresiones "restringirán el comercio" y "obstáculos ... al comercio internacional".

33. En el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación declaró expresamente que las palabras "restringirán el comercio" requieren la demostración de que un reglamento técnico tiene un "efecto limitador en el comercio internacional".¹⁷ Contrariamente al argumento de los apelantes, en la diferencia *Estados Unidos - EPO* el Órgano de Apelación no reformuló el criterio jurídico pertinente de la restrictividad del comercio como un criterio de "oportunidades de competencia" para los productos importados. Más bien, el Órgano de Apelación constató que la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO modificaba las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados frente a los productos nacionales similares bastaba para establecer que tenía un efecto limitador en el comercio internacional.¹⁸

¹⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 266.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2563. (sin resalte en el original)

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

¹⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477.

34. Si cualquier limitación de las "oportunidades de competencia" fuera suficiente para establecer que un reglamento técnico restringe el comercio, como indican los apelantes, *nunca* se requerirían pruebas de la existencia de efectos reales en el comercio. Prácticamente todos los reglamentos técnicos impondrán, al menos con respecto a un participante en el mercado, una condición limitativa que no existía antes de su promulgación. Así pues, el reconocimiento por el Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, de que pueden requerirse pruebas de los efectos reales en el comercio para establecer que un reglamento técnico no discriminatorio restringe el comercio, no solo contradice la tesis errónea de "oportunidades de competencia" de los reclamantes, sino que también confirma que el criterio jurídico pertinente es el de un "efecto limitador en el comercio internacional".¹⁹

35. En consecuencia, el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que cualquier limitación de la capacidad de competir sobre la base de la diferenciación de las marcas era insuficiente, sin más, para establecer que las medidas TPP "restring[en] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Al formular esta constatación, el Grupo Especial *no* exigió que las medidas TPP fueran discriminatorias, como afirma incorrectamente Honduras. El Grupo Especial señaló expresamente que "la determinación de 'restrictividad del comercio' no depende de que exista un trato discriminatorio de los productos importados"²⁰, y en ningún caso realizó una "evaluación comparativa" de las condiciones de competencia para los productos importados frente a los productos de tabaco nacionales. El Grupo Especial tampoco consideró que se requirieran pruebas de efectos reales en el comercio. Más bien, el Grupo Especial examinó detenidamente pruebas cualitativas y cuantitativas obrantes en el expediente, y reconoció expresamente que la "restrictividad del comercio" de las medidas TPP podía establecerse sobre la base de pruebas únicamente cualitativas.

36. Además, no resulta claro a Australia que el Grupo Especial impusiera un criterio de "causa exclusiva" en su análisis de las pruebas relativas al cambio a productos de menor precio, como aduce la República Dominicana. Sin embargo, aun cuando el Grupo Especial efectivamente hubiera impuesto un criterio de causa exclusiva, ello carecería de importancia y sería insuficiente para revocar las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Esto se debe a que las medidas alternativas propuestas por los reclamantes, aplicadas acumulativamente, tendrían efectos de cambio a productos de menor precio *mayores* que las medidas TPP. Por lo tanto, en ninguna circunstancia las medidas alternativas propuestas por los reclamantes restringirían *menos* el comercio que las medidas TPP.

37. Por último, contrariamente a lo que da a entender la República Dominicana, el Grupo Especial no incurrió en error al tener en cuenta datos sobre el consumo (es decir, las ventas) en su evaluación de la restrictividad del comercio. En vez de constatar que cualquier grado de restrictividad del comercio podría ser "mitigado" por las respuestas de los proveedores, el Grupo Especial se basó adecuadamente en el propio experto de los *reclamantes* para concluir que debían tenerse en cuenta los factores de la oferta y la demanda al determinar los efectos de restricción del comercio de las medidas TPP en el mercado.

2. El Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de la restrictividad del comercio

38. La República Dominicana no ha establecido que el Grupo Especial se excediera de los límites de sus facultades discrecionales como encargado de juzgar los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que las medidas TPP "restring[ían] el comercio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

39. El Grupo Especial tampoco puso en peligro los derechos de la República Dominicana al debido proceso ni "abonó los argumentos" de Australia en su análisis gráfico de la figura E.6. Un grupo especial goza en virtud del artículo 11 del ESD de facultades discrecionales para desarrollar su propio razonamiento y no está obligado a limitarse a las pruebas y argumentos presentados por las partes.²¹ Esas facultades discrecionales comprenden la capacidad de realizar análisis estadísticos adicionales, examinar modelos y pruebas de índole económica y extraer inferencias sobre la base de las pruebas

¹⁹ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.208 y nota 643 a dicho párrafo.

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1074.

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 156.

obrantes en el expediente.²² Además, los grupos especiales "no están obligados a analizar con las partes el razonamiento que se proponen desarrollar"²³, y la República Dominicana podría haber planteado cualquier preocupación que pudiera tener en relación con la figura E.6 en la etapa intermedia de reexamen con arreglo al artículo 15 del ESD.

40. Por último, la alegación de la República Dominicana de que el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de su constatación equivale a una solicitud de que el Órgano de Apelación *sopese de nuevo* las pruebas obrantes en el expediente relativas al cambio a productos de menor precio. Contrariamente a lo que indica la República Dominicana, la conclusión del Grupo Especial de que el cambio a productos de menor precio era en parte atribuible a la reducción global del volumen total de ventas al por mayor como resultado de las medidas TPP es *plenamente compatible* con su constatación anterior de que las medidas TPP son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, a su objetivo de reducir el uso de productos de tabaco en Australia.

41. Por todas las razones anteriormente expuestas, Australia solicita que el Órgano de Apelación rechace las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo 11 del ESD, en tanto en cuanto se refieren a la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP "restring[en] el comercio".

B. Alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC - Medidas alternativas

1. El Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su análisis de las medidas alternativas

42. Australia sostiene que el Órgano de Apelación debería rechazar sumariamente las alegaciones de error de los apelantes en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial de las medidas alternativas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC sin abordar el fondo de dichas alegaciones, por dos motivos.

43. En primer lugar, la alegación de los apelantes relativa al análisis realizado por el Grupo Especial de la "restrictividad del comercio" de las alternativas es *totalmente consiguiente* a su alegación anterior de que el Grupo Especial aplicó un criterio jurídico erróneo al determinar la restrictividad del comercio de las medidas TPP. Por lo tanto, si el Órgano de Apelación confirma el criterio jurídico del Grupo Especial de restrictividad del comercio en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, de ello se sigue necesariamente que el Grupo Especial *no* incurrió en error al aplicar el mismo criterio cuando determinó la restrictividad del comercio de cada una de las alternativas propuestas.

44. En segundo lugar, en las circunstancias de la presente diferencia, en las que el mercado se abastece por completo de importaciones, toda *contribución* equivalente a la reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos conllevaría necesariamente un *efecto limitador* equivalente en el comercio internacional de productos de tabaco. Por consiguiente, si el Órgano de Apelación confirmase la interpretación que hizo el Grupo Especial de la restrictividad del comercio en el marco del párrafo 2 del artículo 2, cualquier medida alternativa que hiciese una contribución equivalente a la de las medidas TPP sería necesariamente *al menos tan restrictiva del comercio* como las medidas TPP.

45. En todo caso, las alegaciones de los reclamantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la contribución de las medidas alternativas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC carecen de fundamento. Contrariamente al argumento de los reclamantes, el Grupo Especial no rechazó los aumentos de la edad mínima para la compra legal ("EMCL") y de los impuestos especiales porque no funcionarían mediante los mismos mecanismos causales que las medidas TPP. Más bien, el Grupo Especial mantuvo acertadamente que el aumento de la EMCL abordaría solo la disponibilidad de productos de tabaco para las personas menores de 21 años de edad, y dejaría sin atender los elementos de diseño del paquete que hacen más atractivo el empaquetado del tabaco. Asimismo, el Grupo Especial sostuvo correctamente que cualquier

²² Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafos 357-358 y 406.

²³ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

contribución que hiciera el aumento de los impuestos especiales al objetivo de Australia se vería *socavada* por los elementos del empaquetado del tabaco que se seguirían utilizando para transmitir imágenes o mensajes positivos, en particular a los adolescentes y los jóvenes adultos. Por lo tanto, el Grupo Especial mantuvo acertadamente que el aumento de los impuestos especiales no haría al objetivo de Australia una contribución equivalente a la de las medidas TPP.

46. El Grupo Especial también actuó correctamente al declarar que ni el aumento de la EMCL ni el aumento de los impuestos especiales tendrían ningún efecto sinérgico con otros elementos de la política integral de control del tabaco de Australia, en particular las ASG ampliadas. El Grupo Especial constató correctamente que ninguna de esas dos alternativas tendría efecto alguno en las funciones de comunicación del paquete, mientras que las medidas TPP tienen el efecto de aumentar la eficacia de las ASG aumentando su saliencia, haciendo que sean más fáciles de ver, más vistosas, y que se perciban como más creíbles y más serias.

47. Por último, Honduras se equivoca cuando afirma que las referencias del Grupo Especial a las medidas "sustitutivas" significa que el Grupo Especial impuso un criterio de grado de contribución "idéntico", o impuso un criterio de equivalencia más riguroso en el contexto de un conjunto integral de medidas. Antes bien, el Grupo Especial trató acertadamente de determinar si cada una de las alternativas haría al objetivo de Australia una contribución "equivalente" a la de las medidas TPP y, conforme a la orientación impartida por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, consideró la contribución de las medidas TPP en el contexto de la política integral de control del tabaco de Australia.

2. El Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las alternativas

48. Por último, la República Dominicana no ha demostrado que Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las alternativas. La evaluación que hizo el Grupo Especial de la restrictividad del comercio que tendría un aumento de la EMCL no es "internamente contradictoria" con su evaluación de la contribución de esa alternativa, porque el Grupo Especial no se basó en "efectos futuros" al llegar a sus constataciones, como mantiene incorrectamente la República Dominicana. Más bien, las constataciones del Grupo Especial relativas tanto al elemento de restrictividad del comercio como a la contribución del aumento de la EMCL se basaron en los efectos inmediatos de esta pretendida alternativa.

49. Además, el Grupo Especial no omitió examinar las pruebas de la República Dominicana ni dar una explicación razonada y adecuada al constatar que, sin las medidas TPP, las funciones de comunicación del empaquetado del tabaco no se abordarían "en modo alguno". El hecho de que *otros* elementos existentes de la política integral de control del tabaco de Australia, como las ASG ampliadas, puedan restringir el margen de que dispone la industria tabacalera para utilizar el empaquetado del tabaco como medio de promoción *no* establece que un aumento de la EMCL tenga esos mismos efectos.

50. Por consiguiente, los apelantes no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2, o actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD, en su análisis de las medidas alternativas.

IV. ALEGACIONES FORMULADAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 11 DEL ESD RELATIVAS A LAS CONSTATAIONES DEL GRUPO ESPECIAL SOBRE LA CONTRIBUCIÓN

51. Las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD constituyen el centro de sus apelaciones, y colectivamente suman cerca de 450 páginas de sus comunicaciones del apelante. Esto supera con mucho el alcance de cualquier otra impugnación anterior al amparo del artículo 11 y constituye un ataque sin precedentes con respecto al desempeño por un grupo especial de su función de determinación de los hechos.

52. La aseveración de los apelantes de que han seguido "la orientación del Órgano de Apelación" y han "considerado cuidadosamente si, y en qué casos concretos, impugnaban la falta de objetividad de la evaluación del asunto por el Grupo Especial" parece hueca, habida cuenta de la magnitud y la

naturaleza de sus alegaciones al amparo del artículo 11.²⁴ Conjuntamente, los apelantes han alegado, entre otras cosas, que el Grupo Especial: les negó las debidas garantías procesales porque se les negó una oportunidad significativa de formular observaciones sobre diversos aspectos de la evaluación de las pruebas de expertos realizada por el Grupo Especial; les negó las debidas garantías procesales al recurrir al personal técnico de la Secretaría de la OMC (despectivamente denominado "experto fantasma") en lugar de designar a un experto; no adoptó, con respecto a las pruebas, un enfoque "imparcial"; y no dio explicaciones razonadas y adecuadas de sus constataciones. Al formular estas alegaciones de gran alcance, la estrategia de los apelantes parece ser volver a litigar en relación con cuestiones de hecho a cuyo respecto perdieron ante el Grupo Especial.

53. Aunque las alegaciones concretas de los apelantes se tratan *infra*, Australia observa para empezar que:

- Una premisa de muchas de las alegaciones de los apelantes es que el Grupo Especial estaba obligado a analizar todo su razonamiento con las partes a fin de garantizar el debido proceso. El Órgano de Apelación ha rechazado anteriormente esta proposición.²⁵ El debido proceso no obliga a un grupo especial a "considerar con las partes las constataciones y conclusiones que se propone adoptar para resolver la diferencia", mientras el enfoque adoptado por el grupo especial no "se apart[e] de manera [tan] radical" de los argumentos presentados por las partes que "dej[e] a estas la tarea de suponer qué pruebas tendrían que haber aportado".²⁶ Aunque los apelantes afirman que el Grupo Especial "se apart[ó] de manera radical" de las pruebas y los argumentos presentados por las partes, las pruebas presentadas demuestran lo contrario.
- Los reclamantes no utilizaron el proceso de reexamen intermedio para plantear preocupaciones sustantivas sobre la evaluación de las pruebas, según lo previsto en el artículo 15 del ESD. Ninguno de los dos apelantes planteó preocupaciones relativas a la evaluación de las pruebas fácticas por el Grupo Especial ni identificó errores con respecto a la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas estadísticas o econométricas cuando presentó sus observaciones por escrito sobre el informe provisional, ni tampoco solicitó una nueva reunión con el Grupo Especial para debatir algún aspecto de esa evaluación. En estas circunstancias, no se negaron las debidas garantías procesales.
- Los reclamantes no formularon petición alguna para que el Grupo Especial ejerciera su facultad de nombrar a un experto o grupo de expertos en el curso de las actuaciones en virtud del párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC o del párrafo 2 del artículo 13 del ESD. Habida cuenta de ello, los argumentos de los apelantes de que el Grupo Especial no respetó sus debidas garantías procesales al no nombrar un experto, y sus críticas al Grupo Especial por recurrir a la Secretaría de la OMC (como el "experto fantasma") para obtener apoyo técnico, conforme a lo previsto en el artículo 27 del ESD, han de ser rechazados.
- Los reclamantes ignoran por completo que les correspondía la carga de probar que las medidas TPP *no pueden* contribuir al objetivo de Australia, como se indica *infra*, y que el Grupo Especial examinó debidamente las pruebas de ambas partes a los fines a que habían sido presentadas.
- Las alegaciones de los reclamantes de que el Grupo Especial no dio explicaciones razonadas y adecuadas carecen de fundamento, dado que el informe del Grupo Especial incluía más de 300 páginas de análisis detallado de las pruebas relativas a la contribución de las medidas TPP.²⁷

²⁴ Véase la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 33.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

²⁷ Incluido un análisis de 152 páginas de las pruebas posteriores a la implementación en los apéndices A-E.

A. Criterio jurídico con respecto al artículo 11 del ESD

54. De conformidad con el artículo 11 del ESD, un grupo especial debe "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en esas pruebas".²⁸ El Órgano de Apelación ha declarado repetidamente que "los grupos especiales ... disfrutan de un 'margen de discrecionalidad' como juzgadores de hecho"²⁹, y que "[h]abida cuenta de este margen de discrecionalidad, ... 'no todos los errores en la evaluación de las pruebas ... se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos'".³⁰

55. Por lo tanto, los apelantes no pueden mantener sus alegaciones al amparo del artículo 11 a no ser que el Órgano de Apelación esté convencido de que se han cumplido las dos condiciones siguientes:

- Primera, que el Grupo Especial incurrió en error al "exced[erse] de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos".³¹ Estas facultades discrecionales incluyen, entre otras cosas, ponderar las pruebas, elaborar un razonamiento independiente de las partes, estructurar la explicación de sus constataciones y equilibrar los derechos al debido proceso.
- Segunda, que el error es tan importante que "socava[...] la objetividad de la evaluación por el grupo especial del asunto sometido a su consideración".³² Es decir, que incluso si los apelantes pudieran establecer que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales, todavía tendrían que demostrar que los errores del Grupo Especial socavaron *de manera importante* sus constataciones, al invalidar o viciar la base de dichas constataciones.³³

56. Como se explica *infra*, ninguno de los errores que alegan los apelantes, individual o acumulativamente, socava *de manera importante* la conclusión jurídica definitiva del Grupo Especial de que los reclamantes no satisficieron la carga que les correspondía de demostrar que las medidas TPP no son adecuadas para hacer una contribución al objetivo legítimo de Australia.

B. La carga de la prueba de los reclamantes

57. Para empezar, cabe recordar la asignación adecuada de la carga de la prueba en la presente diferencia, y cómo esa carga de la prueba orientó la evaluación de las pruebas obrantes en el expediente realizada por el Grupo Especial.³⁴

58. Los reclamantes trataron de efectuar su acreditación *prima facie* en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC aduciendo, entre otras cosas, que las medidas TPP "*no pueden contribuir a su objetivo* mediante los mecanismos indicados en la Ley TPP, y que las pruebas posteriores a la implementación muestran que *en realidad no ha habido una reducción de la prevalencia del consumo*

²⁸ 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 132-133.

²⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 221.

³⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 222.

³¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.148.

³² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 992.

³³ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1335; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 294; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 323.

³⁴ Australia observa que los apelantes solo impugnan el análisis de la contribución realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y por lo tanto analiza la asignación adecuada de la carga de la prueba en el marco de esa disposición. Solo Honduras alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de la contribución en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, pero no distingue entre los argumentos formulados en el marco de esa disposición y los formulados en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los argumentos expuestos por Australia en esta sección se aplican también, *mutatis mutandis*, en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

de tabaco como consecuencia de las medidas TPP".³⁵ Por lo tanto, los reclamantes asumieron la carga de demostrar, sobre la base de su diseño, estructura y funcionamiento previsto, que las medidas TPP constituían un obstáculo *innecesario* al comercio internacional porque *no podían* contribuir al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. También trataron de justificar esta alegación mediante pruebas cuantitativas que supuestamente demostraban que las medidas TPP en realidad no habían hecho *ninguna* contribución a la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco en Australia en el limitado período posterior a su implementación.³⁶

59. Los reclamantes asumieron esa carga en las circunstancias particulares de la presente diferencia, en las cuales no se discutía que el mercado de productos de tabaco de Australia se abastece *por completo* de importaciones.³⁷ En esas circunstancias, el grado en que las medidas TPP contribuyen al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos *se corresponde necesariamente* con el grado en que las medidas tienen un efecto limitador en el comercio internacional de productos de tabaco. Es fundamental señalar que, como las medidas TPP solo restringen el comercio de productos de tabaco en el grado *requerido* para contribuir al objetivo de salud pública de Australia, no restringen el comercio más de lo *necesario* y, por consiguiente, no infringen el párrafo 2 del artículo 2. En tales circunstancias, los reclamantes intentaron demostrar que las medidas TPP *no podían* hacer ninguna contribución a la reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos en un intento de satisfacer su carga de establecer que las medidas TPP constituyen un obstáculo *innecesario* al comercio internacional.

60. Esas circunstancias -y su influencia en el análisis realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2- también explican por qué los reclamantes trataron de redefinir en lo fundamental el concepto de restrictividad del comercio para no tener que establecer la existencia de un efecto limitador en el comercio internacional de productos de tabaco. Pero incluso con arreglo a su definición errónea de restrictividad del comercio, la acreditación *prima facie* que intentaron efectuar los reclamantes es que las medidas TPP *no pueden* hacer ninguna contribución a la reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

61. El Grupo Especial enfocó su evaluación de las pruebas anteriores y posteriores a la implementación presentadas por las partes teniendo en cuenta la carga de la prueba asumida por los reclamantes. En relación con el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP, el Grupo Especial explicó que no estaba convencido de que, "*como aducen los reclamantes, [las medidas] no podrían* contribuir al objetivo de Australia".³⁸

62. En relación con las pruebas posteriores a la implementación, el Grupo Especial concluyó que había pruebas de que las medidas TPP estaban teniendo los efectos "prev[istos] en una serie de estudios previos a la implementación"³⁹, y que las pruebas relativas a las conductas tabáquicas eran *compatibles con* el funcionamiento previsto de las medidas TPP.⁴⁰

63. Sobre la base de la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente, el Grupo Especial constató que "*los reclamantes no han demostrado* que las medidas TPP *no sean adecuadas para* hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".⁴¹

64. Así pues, fundamentalmente, y en contra de lo que dan a entender los apelantes en sus comunicaciones, *no* correspondía a Australia la carga de establecer que las medidas TPP contribuyen a reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Más bien, las pruebas presentadas por Australia intentaban demostrar que los *reclamantes* no habían acreditado *prima facie* que las medidas TPP no puedan contribuir al objetivo de salud pública de Australia.

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.485. (sin resalte en el original)

³⁶ Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 377; la segunda comunicación escrita de la República Dominicana, párrafo 368; la primera comunicación escrita de Honduras, párrafo 581; y la segunda comunicación escrita de Honduras, párrafo 55.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1207.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.929. (sin resalte en el original)

³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1036.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1037.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025. (sin resalte en el original)

Los apelantes no han apelado respecto de la forma en que el Grupo Especial entendió la carga de la prueba correspondiente a los reclamantes.

65. Por lo tanto, las alegaciones de los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD concernientes a la evaluación de esas pruebas realizada por el Grupo Especial deben ser consideradas a la luz de la carga que correspondía a los *reclamantes* de establecer que las medidas TPP *no pueden* contribuir al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

C. Importancia de los supuestos errores

66. Australia demostrará a continuación que las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD carecen de fundamento. Sin embargo, incluso si los apelantes pudieran establecer que el Grupo Especial se "excedi[ó] de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha[bía] de decidir sobre los hechos" en relación con los supuestos errores, todavía tendrían que demostrar que los errores del Grupo Especial socavan *de manera importante* sus constataciones.⁴²

67. En relación con la conclusión *general* del Grupo Especial de que los reclamantes no habían satisfecho su carga de demostrar que las medidas TPP no podían contribuir a su objetivo, los apelantes no han demostrado que ninguno de los errores que han identificado sea importante.

68. Honduras se limita a afirmar que, "individualmente o en combinación entre ellos", todos los errores que identifica son importantes para la constatación general del Grupo Especial sobre la contribución. El único argumento sobre la "importancia" que elabora en realidad alguno de los apelantes en relación con la constatación *general* del Grupo Especial sobre la contribución es el de la República Dominicana de que esta constatación no se sostendría de no ser por las constataciones del Grupo Especial sobre la prevalencia y el consumo. La República Dominicana alega que si el Órgano de Apelación concluyera que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales en su evaluación de las pruebas en los apéndices C y D, y si el Órgano de Apelación concluyera que esos errores socavan de manera importante las constataciones del Grupo Especial en relación con las pruebas posteriores a la implementación sobre la conducta tabáquica, esas conclusiones invalidarían la constatación *general* del Grupo Especial sobre la contribución.⁴³

69. La alegación de la República Dominicana carece de fundamento jurídico porque ni siquiera *intentó* demostrar que las supuestas faltas de objetividad del Grupo Especial con respecto a las pruebas pertinentes *socavarían de manera importante las conclusiones que este formula en los apéndices C y D*. Sin embargo, *incluso si* el Órgano de Apelación concluyera que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de las pruebas en los apéndices C y D, y que esos errores socavaron de manera importante las constataciones del Grupo Especial con respecto a esas pruebas, dichos errores no serían importantes para la constatación *general* del Grupo Especial sobre la contribución.

70. El argumento de la República Dominicana de que las constataciones controvertidas del Grupo Especial concernientes al efecto de las medidas TPP en las conductas tabáquicas son "un *componente necesario e indispensable* de su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia" refleja una comprensión errónea fundamental del análisis de la contribución realizado por el Grupo Especial.

71. El Grupo Especial llevó a cabo su evaluación de las pruebas posteriores a la implementación teniendo expresamente presentes las limitaciones inherentes de esas pruebas en el primer período de aplicación de las medidas TPP. En particular, el Grupo Especial reconoció que "algunas medidas de protección de la salud pública -incluidas, como en el caso que nos ocupa, determinadas medidas basadas en respuestas conductuales a cambios previstos en creencias y actitudes- pueden tardar cierto tiempo en materializarse plenamente o percibirse en los datos pertinentes".⁴⁴

⁴² Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 722.

⁴³ Véase, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 626.

⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.938.

72. Con respecto a las pruebas sobre la prevalencia de fumadores y el consumo de tabaco (apéndices C y D), el Grupo Especial explicó que, "en general", constató que estas pruebas eran "*compatibles con una constatación de que las medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco*"⁴⁵, pero no afirmó que esta conclusión fuera necesaria para su conclusión general de que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no fueran adecuadas para contribuir al objetivo de Australia.

73. La constatación *general* del Grupo Especial sobre la contribución refleja la consideración por el Grupo Especial de la *totalidad* de las pruebas. La constatación del Grupo Especial se sostendría sobre la base del corpus de pruebas anteriores y posteriores a la implementación que en esencia *no han sido objeto de controversia* en apelación. *Incluso si* los apelantes pudieran sustentar sus alegaciones de error al amparo del artículo 11 del ESD, esta constatación seguiría dejando inalteradas:

- las pruebas anteriores a la implementación que demuestran que: 1) el empaquetado del tabaco es una forma de publicidad y promoción, utilizada en el mercado australiano para atraer a consumidores actuales y potenciales y para distraer la atención de los graves efectos para la salud del consumo de tabaco; 2) cabe esperar que el empaquetado genérico del tabaco reduzca el atractivo de los productos de tabaco, aumente la eficacia de las ASG y reduzca la capacidad del paquete de inducir a error; y 3) esos efectos pueden afectar a la conducta tabáquica, con inclusión del inicio, el abandono y la recaída;
- las pruebas posteriores a la implementación que demuestran que las medidas TPP han reducido el atractivo y aumentado la eficacia de las ASG;
- las pruebas posteriores a la implementación que demuestran que la prevalencia y el consumo han disminuido tras la implementación de las medidas TPP; y
- las pruebas posteriores a la implementación que demuestran que la disminución de la prevalencia y el consumo *se aceleró* tras la implementación de las medidas TPP.⁴⁶

74. Estas pruebas son más que suficientes para apoyar la constatación *general* del Grupo Especial de que los reclamantes "no ha[bían] demostrado que las medidas TPP *no sean adecuadas para* hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos".⁴⁷ En consecuencia, si bien Australia procederá a demostrar que las alegaciones de error de los apelantes carecen de fundamento, esas alegaciones de error no son importantes para la conclusión general del Grupo Especial.

D. Alegaciones relativas a las pruebas anteriores a la implementación

1. Las constataciones del Grupo Especial sobre las pruebas anteriores a la implementación

75. Como se ha expuesto brevemente *supra*, el Grupo Especial comenzó su análisis de la contribución examinando el diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas TPP, y aceptó que todas las pruebas de que disponía Australia con anterioridad a la implementación de las medidas apoyaban el funcionamiento del modelo de "cadena causal" previsto en la Ley TPP. En relación con los tres mecanismos causales de las medidas TPP (reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos del tabaco), el Grupo Especial concluyó, sobre la base de las pruebas anteriores a la implementación, que:

- Los reclamantes no habían convencido al Grupo Especial de que las medidas TPP no pudieran reducir el atractivo de los productos de tabaco (el primer mecanismo) y contribuir así al objetivo de Australia incidiendo en las conductas tabáquicas como el inicio, el

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1037.

⁴⁶ Aunque la República Dominicana impugna la constatación del Grupo Especial de que las disminuciones de la prevalencia de fumadores *se aceleraron* tras la implementación de las medidas TPP, Australia demuestra que esta alegación se basa en una lectura claramente errónea de las constataciones del Grupo Especial.

⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025. (sin resalte en el original)

abandono y la recaída.⁴⁸ Para llegar a esa conclusión, el Grupo Especial formuló una serie de constataciones intermedias en el sentido de que: i) el empaquetado con marca *puede* servir como un instrumento publicitario o de promoción y así lo *han* utilizado las empresas tabacaleras que operan en el mercado oscuro de Australia⁴⁹; ii) existe un corpus de pruebas, procedentes de fuentes cualificadas, que respaldan la aseveración de que el empaquetado genérico de los productos del tabaco reduce el atractivo de esos productos para los consumidores⁵⁰; y iii) los reclamantes no habían demostrado que esta reducción del atractivo no pudiera influir en las percepciones y la adopción de decisiones de los jóvenes y repercutir así en el inicio del consumo de tabaco, ni que el empaquetado genérico del tabaco no pudiera afectar a la capacidad de los fumadores para dejar de fumar o para seguir sin fumar.⁵¹

- Los reclamantes no habían convencido al Grupo Especial de que las medidas TPP no podrían aumentar la eficacia de las ASG (el segundo mecanismo) y contribuir así al objetivo de Australia incidiendo en las conductas tabáquicas como el inicio, el abandono y la recaída.⁵² Para llegar a esa conclusión, el Grupo Especial formuló también una serie de constataciones intermedias en el sentido de que: i) los reclamantes no habían establecido que las ASG no pudieran hacerse *más* eficaces, a pesar del nivel alto de conocimientos o de conciencia sobre los riesgos en Australia⁵³; ii) había pruebas que respaldaban la tesis de que, en presencia del empaquetado genérico del tabaco, la repercusión y la eficacia de las ASG aumentaba⁵⁴; y iii) los reclamantes no habían demostrado que la eliminación de los elementos de marca que comunican mensajes que compiten con las ASG y distraen de ellas no pudiera influir en las conductas tabáquicas, incluidos el inicio y el abandono.⁵⁵
- Los reclamantes no habían convencido al Grupo Especial de que las medidas TPP, al reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar (el tercer mecanismo), no pudieran repercutir en el abandono del tabaco.⁵⁶ Para llegar a esa conclusión, el Grupo Especial formuló nuevamente una serie de constataciones intermedias en el sentido de que: i) los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no pudieran reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores acerca del daño que provoca el consumo de tabaco⁵⁷; ii) los reclamantes no habían convencido al Grupo Especial de que las medidas TPP no pudieran funcionar según lo previsto en mayor grado de lo que ya era posible con arreglo a la legislación vigente⁵⁸; y iii) los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP, al reducir la capacidad del empaquetado del tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar, no tendrían efecto en las conductas tabáquicas, como el abandono.⁵⁹

76. Tras dedicar más de 100 páginas de su informe a examinar detenidamente las pruebas anteriores a la implementación, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no pudieran contribuir al objetivo de salud pública de Australia sobre la base del diseño, la estructura y el funcionamiento de las medidas.

2. Las afirmaciones de los apelantes de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD con respecto a las pruebas anteriores a la implementación carecen de fundamento

77. La República Dominicana alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no examinar pruebas que demostraban que el empaquetado del tabaco con

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.777, 7.778.

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.655-7.662, 7.659, 7.638.

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.667, 7.682, 7.683.

⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.774-7.778.

⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.869.

⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.843.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.825.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.860, 7.863.

⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.924.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.904.

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.917.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.924.

marca en Australia no era atractivo.⁶⁰ Alega asimismo que el razonamiento del Grupo Especial fue "internamente incoherente", porque la República Dominicana alega que sus pruebas contradicen directamente la constatación del Grupo Especial de que el empaquetado del tabaco se utiliza para transmitir asociaciones positivas a los consumidores.⁶¹ Estas alegaciones son insostenibles.

78. El Grupo Especial tuvo en cuenta expresamente pruebas específicas del mercado australiano y tomó nota del argumento de la República Dominicana de que "incluso antes de que se introdujeran las medidas de empaquetado genérico del tabaco, el empaquetado utilizado en Australia tenía un atractivo negativo".⁶² Además, el argumento de la República Dominicana relativo a la coherencia interna de las constataciones del Grupo Especial implica que la percepción de los productos de tabaco antes de la introducción de las medidas TPP *era todo lo negativa que Australia podía razonablemente esperar lograr*. La alegación de la República Dominicana de que las pruebas anteriores a la implementación demostraban que no se podía reducir más el atractivo del empaquetado del tabaco en Australia tampoco es conciliable con las constataciones de su propio experto de que las medidas TPP *han reducido de hecho el atractivo del empaquetado del tabaco en Australia*.⁶³

79. Además, Honduras alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido porque asignó valor probatorio a las pruebas anteriores a la implementación, a pesar de las "graves limitaciones" que presentaban⁶⁴, y mantiene que el Grupo Especial concluyó erróneamente que todas las limitaciones de dichas pruebas podían superarse si se consideraban en el contexto de las publicaciones más amplias.⁶⁵ Esas alegaciones de error deben ser rechazadas, porque las afirmaciones de Honduras se refieren directamente a las facultades discrecionales del Grupo Especial para evaluar la credibilidad, determinar el peso y formular constataciones sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial.

80. Por último, tanto la República Dominicana como Honduras alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no determinar si las pruebas posteriores a la implementación corroboraban las pruebas anteriores a la implementación.⁶⁶ Se puede demostrar que esta afirmación es falsa. En relación con las pruebas relativas a los resultados "proximales" posteriores a la implementación, por ejemplo, el Grupo Especial constató que las medidas TPP han "reducido efectivamente el atractivo de los productos de tabaco, como se preveía en una serie de estudios previos a la implementación y criticados por los reclamantes".⁶⁷

81. En síntesis, las limitadas alegaciones de error de los apelantes en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas anteriores a la implementación inducen a error y son incorrectas, y deben ser rechazadas.

E. Alegaciones relativas a las pruebas posteriores a la implementación

82. Los apelantes han centrado la mayoría de sus amplias alegaciones al amparo del artículo 11 en el análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas empíricas relativas a la aplicación de las medidas después de su entrada en vigor en diciembre de 2012 (es decir, las "pruebas posteriores a la implementación"). Australia abordará las alegaciones de los apelantes en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas concernientes a los resultados "proximales" (apéndice A) y los resultados "distales" (apéndice B) en la Parte 0 *infra*, y se ocupará de las alegaciones de los apelantes en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas relativas a las conductas tabáquicas (apéndices C y D) en la Parte 0 *infra*.

⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 700.

⁶¹ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 740.

⁶² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.657, 7.436.

⁶³ Informe de Ajzen *et al.* relativo a los datos (Prueba documental DOM/IDN-2), párrafos 90 y 106.

⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 800.

⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 801.

⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 747-779; y comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 806-814.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1036. (sin resalte en el original)

1. Las alegaciones de los apelantes relativas a los apéndices A y B carecen de fundamento

83. El Grupo Especial comenzó su análisis de las pruebas posteriores a la implementación en el apéndice A evaluando los estudios que se centraban en la repercusión de las medidas TPP y las ASG ampliadas en los resultados proximales no conductuales (a saber, reducción del atractivo de los productos de tabaco, aumento de la eficacia de las ASG y reducción de la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores sobre los efectos nocivos de fumar). El Grupo Especial concluyó que existían pruebas empíricas, respaldadas por constataciones de los propios expertos de los reclamantes, de que las medidas TPP habían reducido el atractivo de los productos de tabaco y aumentado la visibilidad de las ASG.⁶⁸ El Grupo Especial consideró que estas pruebas "confirman, ... más que desacreditan, el 'sentido hipotetizado'" de las medidas TPP.⁶⁹

84. Tras haber formulado esas constataciones, el Grupo Especial examinó seguidamente la repercusión de las medidas TPP sobre los "resultados distales" en el apéndice B (a saber, las cogniciones relacionadas con el abandono del tabaco, el ocultamiento de paquetes, los intentos de abandono, etc.). A pesar de los problemas intrínsecos de los datos, identificados por el Grupo Especial⁷⁰, este concluyó no obstante que, si bien algunos de los resultados eran "limitados" o "limitados y dispares", las pruebas empíricas posteriores a la implementación disponibles sobre los resultados "distales" indicaban que las medidas TPP funcionaban según lo previsto desde el punto de vista de sus efectos estadísticamente significativos en los comportamientos de evitación y en el aumento de las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco.⁷¹ Asimismo, el Grupo Especial rechazó el argumento de los reclamantes de que, incluso si las medidas TPP tuvieran los efectos previstos en las conductas anteriores (que los reclamantes mantenían que no habían tenido), esos efectos serían susceptibles de "desgaste".⁷²

85. Las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas en los apéndices A y B también carecen de fundamento y deberían ser rechazadas.

86. En primer lugar, ambos apelantes aducen que las constataciones del Grupo Especial son "incoherentes" o carecen de una "base razonada y adecuada".⁷³ Específicamente, los apelantes aducen que, en su evaluación integral de las pruebas, el Grupo Especial se basó en el apéndice A en las pruebas "positivas" de los resultados "proximales" que demostraban que las medidas TPP estaban surtiendo los efectos previstos en los estudios anteriores a la implementación, al tiempo que "ignoró" o "redujo a cero" otras pruebas "limitadas" o "limitadas y dispares" en los apéndices A y B.⁷⁴

87. Lo que impugnan los apelantes son las facultades discrecionales del Grupo Especial para evaluar la credibilidad, determinar el peso y formular constataciones sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial. Los apelantes pasan por alto que cuando el Grupo Especial ponderó las pruebas en los apéndices A y B era consciente de las limitaciones de los datos posteriores a la implementación, y que lo hizo en relación con la carga no controvertida de los reclamantes de demostrar que las medidas TPP *no pueden* contribuir al objetivo de Australia mediante el funcionamiento de la "cadena causal" propuesta. Las pruebas en los apéndices A y B eran más que suficientes para respaldar la constatación general del Grupo Especial de que los reclamantes no habían satisfecho esta carga de hacer una acreditación *prima facie*.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.955; e informe del Grupo Especial, apéndice A, párrafo 29.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.954.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice B, párrafo 118 (el Grupo Especial tomó nota de que los datos de encuestas utilizados en estos estudios pueden ser más idóneos para analizar la repercusión de las medidas TPP y las ASG ampliadas sobre los desenlaces "proximales" que sobre los desenlaces "distales", en particular porque en ninguno de los conjuntos de datos de encuestas "se hace el seguimiento de las personas que no fuman y que podrían haber empezado a hacerlo en ausencia de las medidas TPP y las ASG ampliadas").

⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.963.

⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.941. El Grupo Especial indicó que no estaba convencido de que los ejemplos citados por los reclamantes para respaldar este argumento fueran directamente extrapolables a los efectos de las medidas TPP en los resultados conductuales pertinentes.

⁷³ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 893-919; y la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 755-794.

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 877-878, 881; y la comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 773-775.

88. En segundo lugar, la República Dominicana aduce que el resumen que hizo el Grupo Especial del efecto de las medidas TPP en los resultados distales "no es coherente" con las constataciones que el propio Grupo Especial formuló en el apéndice B de su informe.⁷⁵ El Órgano de Apelación no tendrá que detenerse mucho en esos argumentos. Todas las alegaciones formuladas por la República Dominicana en el marco de esta "segunda alegación de error" se basan en una lectura selectiva del análisis y las conclusiones del Grupo Especial. Una vez corregidas las tergiversaciones de la República Dominicana, sus argumentos carecen de todo fundamento.

89. En tercer lugar, la República Dominicana aduce que la evaluación realizada por el Grupo Especial de la solidez de determinadas pruebas de las partes en el apéndice B fue incompatible con el artículo 11 del ESD. Dado que esas alegaciones de error, evidentemente, no son importantes para las constataciones del Grupo Especial sobre la contribución⁷⁶, Australia no considera que merezcan más atención.

90. En resumen, las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 con respecto a los resultados "proximales" y "distales" carecen por completo de fundamento y deberían ser rechazadas.

2. Las alegaciones de los apelantes relativas a los apéndices C y D carecen de fundamento

91. Tras haber constatado que las pruebas del primer período posterior a la implementación relativas a los resultados proximales y distales confirmaban que las medidas TPP estaban funcionando "como estaba previsto", el Grupo Especial pasó a examinar las pruebas posteriores a la implementación concernientes a las tasas de consumo de tabaco (prevalencia) y el volumen de productos de tabaco vendidos (consumo). El Grupo Especial detalló sus constataciones sobre la prevalencia y el consumo en los apéndices C y D, respectivamente.

92. Inicialmente, los reclamantes intentaron demostrar que las medidas TPP no son adecuadas para contribuir al objetivo legítimo de Australia, porque las medidas habían "surtido el efecto opuesto al deseado" al causar un *aumento* al menos en algunas categorías de prevalencia y consumo. Los reclamantes abandonaron esta posición cuando las pruebas establecieron que las tasas de prevalencia y consumo habían seguido *disminuyendo* después de la implementación de las medidas TPP. Los reclamantes cambiaron entonces de táctica y trataron de demostrar que *ninguna parte* de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podía ser *atribuida* a los efectos de las medidas TPP. A tal fin, los reclamantes intentaron probar, en primer lugar, que las disminuciones en la prevalencia y el consumo no se habían *acelerado* desde la implementación de las medidas TPP en diciembre de 2012.⁷⁷ En segundo lugar, los reclamantes presentaron modelos econométricos que pretendían demostrar que las medidas TPP no habían hecho una contribución estadísticamente significativa a las disminuciones observadas.⁷⁸

93. En su evaluación de las pruebas sobre prevalencia (apéndice C) y consumo (apéndice D), el Grupo Especial dividió su análisis en tres etapas. Primero, el Grupo Especial examinó pruebas relativas a la cuestión de si la prevalencia o el consumo "disminuy[eron] después de la implementación de las medidas TPP".⁷⁹ Segundo, el Grupo Especial examinó pruebas relativas a la cuestión de si la reducción de la prevalencia o el consumo "se aceleró" después de la implementación de las medidas TPP.⁸⁰ Tercero, el Grupo Especial examinó pruebas relativas a la cuestión de si las medidas TPP "contribuyeron a reducir" la prevalencia del tabaquismo o el consumo de tabaco,

⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, sección II.F.3.c.

⁷⁶ En relación con su primera "alegación sobre la solidez", la República Dominicana reconoce expresamente que, "[d]esde la perspectiva del 'panorama general', esta diferencia [en la duración del aumento estadísticamente significativo de las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco] no es importante para una evaluación del éxito de las medidas TPP". Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafo 971. No obstante, la República Dominicana dedica cerca de 20 páginas de su comunicación del apelante a su argumento de que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de las pruebas relativas a las llamadas a la línea telefónica de ayuda para abandonar el tabaco.

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.971 b); e informe del Grupo Especial, párrafo 7.977 b).

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.971 c); e informe del Grupo Especial, párrafo 7.977 c).

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 5; e informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 6.

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 5; e informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 6.

"mediante al aislamiento y la cuantificación de diferentes factores que pueden explicar la evolución" de la prevalencia y el consumo.⁸¹

94. Con respecto a las etapas primera y segunda de sus análisis, el Grupo Especial constató que la prevalencia y el consumo habían *disminuido* y que el ritmo de disminución se había *acelerado* después de la implementación de las medidas TPP. Los apelantes no impugnan la primera constatación. Solo la República Dominicana impugna la constatación de *aceleración* en el caso de la prevalencia, pero esta impugnación se basa en una caracterización errónea evidente de las constataciones anteriores del Grupo Especial. A juicio de Australia, no cabe discutir de forma creíble que la prevalencia y el consumo disminuyeron después de la implementación de las medidas TPP y que los ritmos de disminución se aceleraron en ambos casos.

95. Con respecto a la tercera etapa de sus análisis, el Grupo Especial identificó múltiples deficiencias en los modelos econométricos de los reclamantes que pretendían demostrar que *ninguna* parte de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podía atribuirse a las medidas TPP, frente a otros factores que afectan a la prevalencia y el consumo. Entre las principales deficiencias que identificó el Grupo Especial estaba el hecho de que muchos de los modelos de prevalencia de los reclamantes indicaban que determinantes de prevalencia *incuestionables* -como el precio de los productos de tabaco y los aumentos de los impuestos especiales- no tenían un efecto estadísticamente significativo sobre las tasas de prevalencia. El Grupo Especial identificó deficiencias similares en los modelos de consumo de los reclamantes, entre ellas el hecho de que muchos de esos modelos intentaban hacer ajustes en función de los precios del tabaco como un determinante separado del consumo sin reconocer que las propias medidas TPP afectaban a los precios del tabaco. El Grupo Especial puso en cuestión la validez y el valor probatorio de las pruebas econométricas que daban lugar a esos tipos de resultados anómalos y adolecían de ese tipo de deficiencias, al tiempo que pretendían demostrar que las medidas TPP no habían hecho *ninguna* contribución a las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo.

96. En el curso de las actuaciones del Grupo Especial, los expertos en econometría de Australia, principalmente la Dra. Tasneem Chipty, presentaron pruebas de réplica que identificaban deficiencias en los modelos econométricos de los reclamantes y demostraban además que, una vez corregidas las principales deficiencias de esos modelos, los resultados de estos eran compatibles con una contribución negativa y estadísticamente significativa de las medidas TPP a las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo. El Grupo Especial constató que las modificaciones hechas por la Dra. Chipty en los modelos de los reclamantes habían abordado "algunas" o "muchas" de las inquietudes que el Grupo Especial había identificado al examinar esos modelos.⁸² Con las modificaciones, y teniendo en cuenta todas las pruebas econométricas obrantes en el expediente, el Grupo Especial consideró que había "algunos datos econométricos" que indicaban que las medidas TPP habían contribuido, junto con las ASG ampliadas, a las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo.⁸³

97. Las impugnaciones planteadas por los apelantes respecto de las constataciones fácticas del Grupo Especial sobre la prevalencia y el consumo se refieren en su mayoría a la tercera etapa de sus análisis, es decir, a la evaluación por el Grupo Especial de las pruebas de los reclamantes que presuntamente aislaban y cuantificaban los determinantes de la prevalencia y el consumo, y demostraban así que ninguna parte de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podía atribuirse a las medidas TPP. La mayoría de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD respecto de esas constataciones conciernen a una impugnación de la manera en que el Grupo Especial evaluó pruebas econométricas complejas. Esas alegaciones se centran en cuestiones como los controles econométricos adecuados para tener en cuenta los efectos de los precios del tabaco y los impuestos al tabaco, la especificación correcta de las tendencias temporales en los modelos econométricos, si determinadas variables de los modelos estaban correlacionadas y por lo tanto transmitían la misma información y si determinadas variables explicativas y dependientes podían ser endógenas.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 5; e informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 6.

⁸² Informe del Grupo Especial, apéndice D, párrafo 115; apéndice C, párrafo 120.

⁸³ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 123 c); apéndice D, párrafo 137 c).

98. En lugar de resumir la réplica de Australia a todas y cada una de esas cuestiones técnicas, basta con señalar que las impugnaciones de los apelantes respecto de las constataciones fácticas del Grupo Especial se basan en varios errores recurrentes de los apelantes.

99. Las alegaciones de los apelantes se basan en **caracterizaciones erróneas de lo que constató el Grupo Especial**. Un ejemplo destacado de este fenómeno es la alegación de la República Dominicana de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de la "tasa de disminución de referencia" en las etapas 2 y 3 de su análisis de la prevalencia. Esta alegación se basa en la premisa de que el Grupo Especial identificó una "tasa de disminución de referencia" en la primera etapa de su análisis, cuando en realidad no lo hizo.

100. Los apelantes **no entienden correctamente la función del Grupo Especial como encargado de decidir sobre los hechos**. Muchas de las alegaciones de los apelantes dan por supuesto que el Grupo Especial estaba obligado a actuar como un mero receptor pasivo de las pruebas presentadas por las partes y no podía realizar un examen significativo de dichas pruebas. Las alegaciones de los apelantes hacen caso omiso de que en el pasado el Órgano de Apelación ha reconocido que, para cumplir su deber de decidir sobre los hechos, un grupo especial debe "estudiar" las pruebas econométricas y "llegar a conclusiones con respecto al valor probatorio que asigna".⁸⁴ Eso es exactamente lo que hizo el Grupo Especial en la presente diferencia.

101. En las alegaciones de los apelantes se **malinterpretan la carga de la prueba** y la función que desempeñó en la evaluación que hizo el Grupo Especial de las pruebas estadísticas y econométricas. El Grupo Especial entendió correctamente que los reclamantes habían presentado pruebas econométricas para *probar* que ninguna parte de las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo podía atribuirse a las medidas TPP. El Grupo Especial también entendió que las pruebas econométricas de Australia eran pruebas *de réplica* presentadas para demostrar que los modelos de los reclamantes no probaban lo que pretendían probar. Los apelantes caracterizan erróneamente en repetidas ocasiones la naturaleza de las constataciones del Grupo Especial con respecto a las pruebas de réplica de Australia. El Grupo Especial no constató, y no tenía necesidad de constatar, que las pruebas de réplica de Australia habían resuelto por completo *todas* las preocupaciones que el Grupo Especial había identificado con respecto a las pruebas econométricas *de los reclamantes* para concluir que las pruebas de estos, modificadas por la Dra. Chipty, proporcionaban "algunos datos econométricos" que respaldaban la conclusión de que las medidas TPP habían contribuido a las disminuciones observadas en la prevalencia y el consumo.

102. Muchas de las alegaciones de los apelantes pasan por alto el principio bien establecido de que un grupo especial **no está obligado a analizar su razonamiento** con las partes antes de distribuir su informe.⁸⁵ Un grupo especial no vulnera el debido proceso mientras su razonamiento no "se apart[e] de manera [tan] radical" de las cuestiones y las pruebas sometidas al grupo especial que deje a las partes "la tarea de suponer qué pruebas tendrían que haber aportado".⁸⁶ Las cuestiones supuestamente "nuevas" planteadas en el informe del Grupo Especial que ahora impugnan los apelantes, como las referencias del Grupo Especial a la posible multicolinealidad y no estacionariedad de sus modelos, eran cuestiones surgidas directamente de las amplias comunicaciones de expertos de las partes. Los apelantes tuvieron una oportunidad más que amplia para convencer al Grupo Especial de la validez y el valor probatorio de sus pruebas econométricas y, en última instancia, no fueron capaces de hacerlo.

103. Las alegaciones de los apelantes de que se les "negó una oportunidad de formular observaciones" sobre algunas de las constataciones del Grupo Especial, y con ello se les privó de su derecho a las debidas garantías procesales, pasan por alto **la existencia del reexamen intermedio previsto en el párrafo 2 del artículo 15 del ESD**. Los apelantes no plantearon ninguna de las cuestiones que ahora identifican en apelación durante la etapa intermedia de reexamen, aunque todas ellas son cuestiones del tipo que las partes en otras diferencias han planteado en reexámenes intermedios anteriores. Cualquiera que fuera el grado en que el Grupo Especial identificó en su informe provisional cuestiones que los apelantes no podrían haber previsto

⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 357.

⁸⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.177.

razonablemente, los apelantes tuvieron una oportunidad de plantear sus preocupaciones al Grupo Especial y decidieron no hacerlo.

104. Los apelantes pasan por alto el hecho de que el Grupo Especial evaluó la validez y el valor probatorio de sus pruebas econométricas a la luz de **la naturaleza de las pruebas de los reclamantes, que cambiaba constantemente**. El Grupo Especial identificó numerosos casos en que los expertos de los reclamantes habían modificado sus posiciones sobre cuestiones metodológicas importantes, a menudo con el efecto de invalidar los resultados expuestos en sus comunicaciones anteriores. En lugar de abordar las repercusiones de las deficiencias identificadas en las especificaciones de sus modelos anteriores, los expertos de los reclamantes cambiaron frecuentemente *otros* aspectos de sus modelos, o abandonaron por completo los modelos anteriores, en un intento por cambiar las reglas de juego y comenzar el debate una vez más. El Grupo Especial tuvo debidamente en cuenta esta consideración al evaluar el peso que debía dar a las pruebas econométricas de los reclamantes.

105. Por último, muchas de las impugnaciones de los apelantes respecto de las constataciones fácticas del Grupo Especial sobre la prevalencia y el consumo son un intento apenas encubierto de **volver a litigar sobre cuestiones de hecho o de hacer que el Órgano de Apelación pondere otra vez las pruebas**.

106. Cada una de las impugnaciones de los apelantes respecto de las constataciones del Grupo Especial sobre la prevalencia y el consumo carece de fundamento por una o más de las razones enumeradas *supra*.

107. Además de no haber establecido la falta de una evaluación objetiva en ningún sentido, los apelantes ni siquiera *intentan* demostrar, más allá de una mera afirmación, que alguno de los supuestos errores en relación con la evaluación objetiva, o alguna combinación de ellos, fuera *importante* para las constataciones intermedias del Grupo Especial sobre la prevalencia y el consumo. Como se ha resumido en la Parte 0 *supra*, las alegaciones de los apelantes de que las constataciones del Grupo Especial sobre la prevalencia y el consumo reflejan la falta de una evaluación objetiva son fundamentales en su impugnación de la constatación *general* del Grupo Especial sobre la contribución. Los apelantes no han establecido la premisa esencial de esta impugnación más amplia.

F. CONCLUSIÓN

108. Australia sostiene que las solicitudes de revocación de las constataciones del Grupo Especial hechas por los apelantes deberían ser desestimadas en su totalidad por los motivos expuestos *supra*.

109. Las alegaciones de error jurídico de los apelantes son engañosas, y sus numerosas alegaciones de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de la contribución carecen de fundamento. Como se desprende claramente de lo anterior, los apelantes no han establecido que el Grupo Especial se excediera de los límites de sus facultades discrecionales como encargado de juzgar los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución a los objetivos de salud pública de Australia.⁸⁷

⁸⁷ De conformidad con las *Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas*, documento WT/AB/23 (11 de marzo de 2015), Australia señala que el presente resumen contiene 11.767 palabras en la versión original en inglés (incluidas las notas), que son el 10% o menos del número total de palabras de la versión inglesa de la comunicación del apelado presentada por Australia, que es de 129.096.

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero participante	81
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante	82
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante	83
Anexo C-4	Resumen de la comunicación presentada por China en calidad de tercero participante	85
Anexo C-5	Resumen de la comunicación presentada por la República Dominicana en calidad de tercero participante	86
Anexo C-6	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante	87
Anexo C-7	Resumen de la comunicación presentada por Indonesia en calidad de tercero participante	89
Anexo C-8	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante	94
Anexo C-9	Resumen de la comunicación presentada por Malawi en calidad de tercero participante	95
Anexo C-10	Resumen de la comunicación presentada por México en calidad de tercero participante	96
Anexo C-11	Resumen de la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante	97
Anexo C-12	Resumen de la comunicación presentada por Nigeria en calidad de tercero participante	100
Anexo C-13	Resumen de la comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero participante	101
Anexo C-14	Resumen de la comunicación presentada por Filipinas en calidad de tercero participante	102
Anexo C-15	Resumen de la comunicación presentada por Singapur en calidad de tercero participante	103
Anexo C-16	Resumen de la comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero participante	105
Anexo C-17	Resumen de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante	106
Anexo C-18	Resumen de la comunicación presentada por Zambia en calidad de tercero participante	108
Anexo C-19	Resumen de la comunicación presentada por Zimbabwe en calidad de tercero participante	109

ANEXO C-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LA ARGENTINA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE*****I. Artículo 16.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).**

1. Argentina entiende que los derechos conferidos por el Artículo 16.1 del ADPCI constituyen, en esencia, derechos de exclusión otorgados al titular de una marca a efectos de impedir que un tercero utilice en el curso de sus operaciones comerciales signos idénticos o similares.

2. Consecuentemente, Argentina entiende que el Grupo Especial ha interpretado correctamente el mencionado artículo al constatar que la obligación de protección no se extiende a la obligación de mantener condiciones de mercado que hagan posibles determinadas circunstancias fácticas previstas por la norma, incluida la probabilidad de confusión.

II. Artículo 20 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

3. Argentina entiende que el Grupo Especial ha realizado una adecuada interpretación del adverbio "injustificablemente" en el marco del Artículo 20.

4. Argentina entiende que el análisis de "justificabilidad" bajo el Artículo 20 del ADPIC tiene especificidad propia y difiere de otros estándares contenidos en otras disposiciones de los Acuerdos Abarcados.

5. Argentina comparte el criterio desarrollado por el Grupo Especial así como los factores tenidos en cuenta al tiempo de efectuar el análisis de "justificabilidad" bajo el Artículo 20.

6. Argentina considera que el Grupo Especial ha realizado una adecuada interpretación respecto de que debe evaluarse de forma integral la contribución de la medida analizada respecto de la finalidad perseguida.

7. Finalmente, Argentina sostiene que el artículo 8 del ADPIC ofrece una orientación contextual útil para interpretar el término "injustificablemente" en el artículo 20. Concretamente, los principios reflejados en el párrafo 1 del artículo 8 tienen por objeto preservar la capacidad de los Miembros de la OMC para atender a ciertos intereses sociales legítimos, como el de la salud pública.

* Este texto fue presentado originalmente en español por la Argentina.

ANEXO C-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL BRASIL
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. En su comunicación, el Brasil destaca la importancia de analizar la presente diferencia en el contexto del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. A continuación el Brasil formula observaciones sobre: la prueba de la "restrictividad del comercio" prevista en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; la interpretación de la expresión "complicará injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC; y el margen de actuación de los Miembros al aplicar políticas públicas.
2. En lo que se refiere a la prueba de la "restrictividad del comercio", el Brasil observa que, al realizar solo una prueba de "efectos en el comercio" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial estableció un umbral más elevado para el análisis de medidas no discriminatorias. El Brasil entiende que solo podría prescindirse de la prueba cualitativa si un grupo especial pudiera reunir información cuantitativa precisa sobre la restricción del comercio causada por una medida OTC y sus efectos en las oportunidades de competencia. El Brasil también considera que el demandante no está obligado a demostrar los efectos en el comercio para satisfacer su carga probatoria.
3. En lo que se refiere a la interpretación de la expresión "complicará injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Brasil mantiene que el Grupo Especial reconoció la necesidad de que la complicación sea proporcional a la importancia del objetivo perseguido al constatar que las razones para la aplicación de las exigencias especiales deben proporcionar "apoyo suficiente" para la complicación. El Brasil está de acuerdo en que el artículo 20 presupone un equilibrio entre el interés de los titulares en usar sus marcas de fábrica o de comercio y la capacidad de los Miembros para adoptar medidas con el fin de alcanzar objetivos sociales.
4. Por último, el Brasil mantiene que los Miembros de la OMC pueden complicar el uso de las marcas de fábrica o de comercio con exigencias especiales, como el uso en una forma especial, con la única condición de que la complicación sea justificable. El Acuerdo sobre los ADPIC no menciona qué tipos de motivación podrían legitimar la adopción de exigencias especiales, ni define ningún límite respecto de la complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio que no sea su naturaleza justificable.

ANEXO C-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL CANADÁ
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Las constataciones que el Órgano de Apelación formule en la presente diferencia tendrán importantes consecuencias sistémicas para todos los Miembros de la OMC. En esta diferencia se aborda el equilibrio crucial entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y la facilitación del comercio, y el derecho de un Miembro a adoptar medidas de salud pública legítimas en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC.
2. Las alegaciones de los apelantes de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC son infundadas y deben desestimarse.
3. El Grupo Especial hizo lo correcto al concluir que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC *no* incluye un derecho a: usar una marca de fábrica o de comercio; preservar o reforzar el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio; o proteger la capacidad del titular de demostrar que hay "probabilidad de confusión" en el contexto de procedimientos nacionales por infracción. Constatar otra cosa, en el marco de esta disposición o en el de cualquier otra del Acuerdo sobre los ADPIC, tendría el resultado insostenible de restringir o anular la capacidad de los Miembros para adoptar medidas de política pública legítimas, entre ellas medidas para proteger la salud pública.
4. Los apelantes tergiversan las constataciones del Grupo Especial con respecto a la interpretación del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial no constató que el artículo 20 establezca una "excepción de política". El Grupo Especial concluyó debidamente que el artículo 20 establece la obligación positiva de los Miembros de no imponer exigencias especiales que compliquen injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio. Además, el Grupo Especial constató debidamente que la evaluación de marcas de fábrica o de comercio individuales y sus características específicas no es necesaria, por sistema, para determinar si una medida es justificable en el marco del artículo 20.
5. El Canadá está de acuerdo con el Grupo Especial en que la prueba relativa a "injustificablemente" no debe ser semejante a una prueba de lo "innecesario". Cuando se comparan el sentido corriente de "necesario" y el de "justificablemente", queda claro que el umbral para establecer que una medida es "necesaria" debe ser más elevado y riguroso que el umbral para establecer que una medida es "justificable". No hay base en el texto ni en la historia de la negociación para adoptar en el artículo 20 la prueba de lo "necesario". Por consiguiente, la alegación de los apelantes de que el componente comparativo de la prueba de "necesidad" debe importarse en el artículo 20 debe rechazarse.
6. El Canadá propone la inclusión de elementos adicionales en la prueba de "injustificablemente" del Grupo Especial para asegurar la preservación del equilibrio crucial y deliberado entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y el derecho de un Miembro a adoptar medidas de política pública legítimas. En particular, la prueba debe incluir las cuestiones de si: las "razones" para la exigencia son legítimas; existe un vínculo o conexión entre la exigencia y las razones; y la exigencia contribuye o puede contribuir a las razones. La prueba *no* debe incluir un análisis comparativo de la exigencia de que se trate y exigencias alternativas existentes.
7. Las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben desestimarse al no estar justificadas por una lectura llana de las constataciones del Grupo Especial, y carecen de fundamento. La interpretación que hizo el Grupo Especial de la "restrictividad del comercio" es coherente con la jurisprudencia existente y no constituye un error de derecho.

8. El Canadá alienta al Órgano de Apelación a aplicar rigurosamente el criterio previsto en el artículo 11 del ESD para desestimar cualquier argumento cuyo objetivo sea simplemente la revocación de constataciones fácticas en apelación.¹

¹ De conformidad con las *Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación*, WT/AB/23 (11 de marzo de 2015), el Canadá indica que el presente resumen contiene 542 palabras, que son el 10% o menos del número total de palabras de la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante (incluidas las notas de pie de página), a saber, 5.483 palabras.

ANEXO C-4**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR CHINA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Las presentes diferencias se refieren a importantes cuestiones relativas al equilibrio entre los intereses en materia de salud, los intereses comerciales y los intereses relacionados con la propiedad intelectual en el marco de los acuerdos abarcados de la OMC. Es indiscutible que los Miembros de la OMC pueden adoptar medidas adecuadas con el fin de proteger la salud pública.
2. Si bien no adopta una posición en cuanto a los aspectos de fondo concretos de las diferencias y las cuestiones relativas a la evaluación probatoria, China desea formular observaciones sobre la interpretación jurídica de dos disposiciones de los acuerdos abarcados: el artículo 20 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).
3. Con respecto al artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el criterio de "injustificablemente" previsto en dicho artículo no es necesariamente el mismo que el de lo "necesario" previsto en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994.
4. La prueba de "injustificablemente" no parece ser una prueba ni idéntica ni similar a la prevista en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC o el GATT de 1994, ni tampoco una prueba de "todo o nada" por lo que se refiere a la conexión racional entre la medida y el objetivo de política. La existencia de alternativas menos restrictivas no podría, por sí misma, establecer que la medida en litigio es injustificable. De igual modo, una conexión racional que fuera *de minimis* no podría, por sí misma, demostrar que la medida es justificable.
5. Con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, China confía en que el Órgano de Apelación pueda aclarar la relación entre el párrafo 2 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cuestión de si se impuso una carga probatoria más rigurosa de demostrar los efectos reales en el comercio en relación con reglamentos técnicos no discriminatorios con el fin de iluminar la restrictividad del comercio.
6. Preocupa a China la interpretación rígida y restrictiva de "grado equivalente de contribución al logro del objetivo legítimo pertinente". China confía en que el Órgano de Apelación pueda aclarar el alcance del objetivo legítimo en este caso, que se refiere a la principal finalidad de política, la protección de la salud humana, o el efecto de la medida impugnada, la reducción del atractivo del empaquetado del tabaco.

ANEXO C-5**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LA REPÚBLICA DOMINICANA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. La República Dominicana expone argumentos interpretativos sobre una cuestión planteada en la apelación de Honduras al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC"): el hecho de que el Grupo Especial no tomara debidamente en cuenta las características individuales de cada marca de fábrica o de comercio afectada al examinar la naturaleza y el alcance de las complicaciones, y la justificabilidad de la complicación en lo que se refiere a las marcas de fábrica o de comercio afectadas.
2. Establecer si el "uso" comercial se ha visto "complica[do] injustificablemente" implica, en primer lugar, evaluar la existencia de una complicación y, en segundo lugar, evaluar su justificabilidad. Ambas etapas de este análisis deben llevarse a cabo sobre la base de una evaluación de "cada marca de fábrica o de comercio afectada individualmente".¹ El Grupo Especial no aplicó el artículo 20 para exigir que se tomara debidamente en cuenta cada marca afectada.²
3. Como explica Honduras, el contexto de los artículos 15, 16 y 17 y la nota 3 del Acuerdo sobre los ADPIC confirma que el artículo 20 exige una evaluación individualizada de cada marca de fábrica o de comercio específica.³ En el Acuerdo sobre los ADPIC, todos los aspectos de la regulación de las marcas de fábrica o de comercio, incluidos el *contenido*, la *adquisición*, el *goce* y la *observancia* de los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio, están basados en la consideración individual de cada marca concreta. La regulación del uso es igualmente importante, por cuanto el uso es esencial para asegurar que la marca desempeñe su función distintiva básica. Como ocurre con otros aspectos de la regulación de las marcas de fábrica o de comercio, la regulación del uso debe tener en cuenta las características individuales de cada marca afectada.
4. El Grupo Especial no lo hizo. Constató que la prohibición de las marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas se ve "en parte mitigada[]" por la continuación del uso de marcas verbales no estilizadas. Esta constatación prescinde de las distinciones jurídicas y fácticas entre marcas de fábrica o de comercio diferentes y categorías de marcas de fábrica o de comercio diferentes que desempeñan funciones distintas. La prohibición del uso de una marca de fábrica o de comercio no se atenúa por el uso de otra. Una marca cuyo uso se prohíbe no puede desempeñar su función básica.
5. De manera análoga, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la evaluación individual era innecesaria porque Australia "no [*tenía intención* de] abordar marcas individuales".⁴ La compatibilidad de una medida con las normas de la OMC no depende de las intenciones de un demandado. El Grupo Especial debería haber evaluado las prescripciones TPP en materia de marcas de fábrica o de comercio tomando como referencia sus *efectos* en las marcas.
6. El Grupo Especial también confunde la regulación de las *marcas de fábrica o de comercio* con la regulación de los *productos*. La complicación de las marcas de fábrica o de comercio que debe demostrarse que es injustificable no es la "normalización" de los productos de tabaco, como dijo el Grupo Especial.⁵ Es la prohibición del uso de marcas verbales estilizadas, marcas compuestas y marcas figurativas en un producto determinado.

¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 140, 181.

² Véase en general la comunicación del apelante presentada por Honduras, sección III.

³ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 163 (sin resaltes en el original).

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2594 (sin resalte en el original).

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2594.

ANEXO C-6**RESUMEN PRESENTADO POR LA UNIÓN EUROPEA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE¹****1.1 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

1. La Unión Europea comparte la tesis de que, **para garantizar el debido proceso, los grupos especiales deben dar a conocer a las partes en la diferencia las pruebas fácticas en las que se basan** con el fin de permitirles exponer sus opiniones con respecto al valor y la utilización de esas pruebas. Sin embargo, aun cuando la evaluación del Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación se vería afectada por una deficiencia en el marco del artículo 11 del ESD, sería necesario considerar en qué grado el Grupo Especial podría no obstante haber llegado a su conclusión de que la medida TPP es adecuada para hacer una contribución importante a sus objetivos declarados. La Unión Europea opina que esa conclusión sería sólida. Debería ser posible llegar a ella sobre la base de la consideración de una cantidad razonable de pruebas, con inclusión de un razonamiento cualitativo. A fin de que el margen reglamentario sea significativo, debe darse a las autoridades reglamentarias libertad suficiente para que elijan entre las diferentes opciones disponibles, sin que los órganos resolutorios de la OMC las cuestionen continuamente. No deberían tener que temer verse desbordadas por cantidades excesivas de "pruebas" generadas por los litigantes, convirtiendo el proceso reglamentario en una guerra de desgaste.

2. Por lo que se refiere a la alegación de que el Grupo Especial incurrió en error en la **aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al evaluar la contribución de la medida TPP**, la Unión Europea observa que el Grupo Especial encontró convincentes las consideraciones de Australia en el sentido de que la repercusión de las medidas solo puede manifestarse plenamente tras un período de aplicación más largo. Más que limitarse a aceptar que era "razonable" que las medidas fueran adecuadas para hacer una contribución importante, el Grupo Especial se estaba refiriendo al efecto previsto de las medidas en litigio *a más largo plazo*. Reconoció que era "posible que [las pruebas correspondientes al primer período de aplicación de las medidas] no ofrecieran] una imagen completa" y que su determinación "no pretend[ía] prejuzgar la evolución futura de la contribución de las medidas TPP a la reducción del consumo de productos de tabaco y a la exposición a estos productos". No obstante, consideró que las pruebas sobre los resultados "proximales" y "distales" corroboraban la alegación de Australia.

3. Por lo que se refiere al **criterio de restrictividad del comercio**, la Unión Europea está de acuerdo en que cualquier medida que regule la actividad económica probablemente altere las condiciones de competencia para todos los productos y productores pertinentes. Esto no permite concluir que -necesariamente- exista también restricción del comercio internacional. El intento de los reclamantes por transponer la expresión "oportunidades de competencia" del contexto de la discriminación *de facto* refleja un intento por escapar a las consecuencias del modo en que formularon sus argumentos. Si su verdadera preocupación hubiera sido el modo en que las medidas han repercutido en ellos de forma diferente, deberían haber planteado una alegación NMF. Pero no lo han hecho. Y ello les ha metido en un rompecabezas creado por ellos mismos. Deben aducir que las medidas *no son eficaces* y aun así, al mismo tiempo, *restringen el comercio*. Este es el motivo por el que tratan de ampliar el concepto de restrictividad del comercio para que incluya la manera en que, supuestamente, repercute en ellos de forma diferente. Esto confunde el concepto de discriminación *de facto* con el concepto distinto de restrictividad del comercio.

4. Por lo que se refiere a la reclamación de que el Grupo Especial habría **examinado la contribución de las medidas alternativas a la luz de los "mecanismos" específicos por los que funcionan las medidas TPP, más que de los objetivos**, la Unión Europea considera que el Grupo Especial hizo lo apropiado al reconocer que la medida TPP forma parte de un "conjunto de medidas" que abordan un problema polifacético y tratan de lograr el objetivo último y más general de reducir el consumo de tabaco. La reducción del atractivo de los productos de tabaco para los jóvenes eliminando la posibilidad de competir sobre la base de la imagen de marca y la diversificación

¹ Total de palabras de la comunicación (incluidas las notas de pie de página pero excluido el resumen) = 13.451; total de palabras del resumen = 1.263.

parecería ser uno de los mecanismos causales para lograr ese objetivo general. Parece razonable sostener que puede ser necesario abordar el complejo y polifacético objetivo socioeconómico perseguido por Australia desde todos los ángulos simultáneamente, ocupándose cada medida de un aspecto concreto del problema. Sin embargo, con la eliminación de una medida del conjunto se correría el riesgo, muy elevado, de crear una laguna que redujera la efectividad de todo el conjunto.

5. La Unión Europea no considera que **se impusiera un criterio diferente de "equivalencia" en el caso de un "conjunto de medidas"**. El Grupo Especial recalcó, en consonancia con el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, que no es posible sustituir los elementos específicos de la estrategia de Australia relativa al tabaco por alternativas que sean una modificación o mejora de medidas existentes que ya forman parte del conjunto de medidas cuando estas, por sí mismas, no abordarían adecuadamente el mecanismo causal en cuestión, dejando de este modo el conjunto incompleto. A juicio de la Unión Europea, abordar específicamente el efecto de las imágenes y los mensajes transmitidos por las características figurativas y otras características de diseño del empaquetado del tabaco es un mecanismo causal concreto, que conduce al objetivo a más largo plazo de la reducción general del consumo de tabaco. Cabe razonablemente considerarlo un elemento necesario del conjunto integral de medidas, esencial para asegurar la efectividad del conjunto tomado en su totalidad. En otras palabras, consideramos que un regulador debería poder abordar, como parte de un conjunto integral de medidas, una forma específica de competencia que se ha demostrado atraer a los consumidores.

1.2 Artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

6. El Grupo Especial expuso en relación con el término "injustificablemente" un criterio jurídico que es similar a las justificaciones en el marco del artículo XX del GATT de 1994 y parece estar en conformidad con el artículo 20. El concepto de "justificable" es lo suficientemente amplio para abarcar diversos tipos de justificación, con sus diversos tipos de vínculo, y asegura, como se indica en el párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dicho Acuerdo dé cabida a las medidas necesarias para proteger la salud pública.

7. El término "injustificablemente" implica la existencia de determinados objetivos a los que obedecen las "exigencias especiales", ya que se refiere a la posibilidad de ofrecer una "justificación" o "motivos sólidos" para la acción o situación de que se trate que sean razonables. El artículo 20 no identifica expresamente los tipos de motivos que pueden servir de base para la "justificabilidad" de una complicación. El texto amplio del artículo 20 indica que los Miembros de la OMC pueden tener en cuenta objetivos de política pública; el contexto de las demás disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular los artículos 7 y 8, ofrece orientaciones útiles al respecto.

8. El criterio jurídico adoptado por el Grupo Especial no está limitado a ofrecer "motivos sólidos". En realidad sopesa y confronta en cada caso específico varios elementos: la naturaleza y alcance de la complicación resultante de las exigencias especiales; el interés legítimo de la marca de fábrica o de comercio; los motivos que subyacen a las exigencias especiales; y la cuestión de si esos motivos ofrecen respaldo suficiente. El criterio jurídico parece considerar también las preocupaciones específicas planteadas por las marcas de fábrica o de comercio como parte del análisis.

9. El sentido corriente, el contexto y el objeto y fin del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no parecen indicar que el artículo 20 solo permita las complicaciones que estén basadas en "preocupaciones relativas a marcas de fábrica o de comercio específicas" y se apliquen de "manera limitada" o "con una repercusión mínima en su función distintiva". Los ejemplos introducidos por la expresión "como por ejemplo" en el artículo 20 y la naturaleza "especial" de las exigencias no implican que el término "injustificablemente" tenga que interpretarse en el sentido de que únicamente permite complicaciones limitadas. Además, como el "uso" pertinente a los efectos del artículo 20 no está limitado a distinguir los bienes y servicios de una empresa de los de otras, la "repercusión mínima en su función distintiva" no parece ser decisiva.

ANEXO C-7**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR INDONESIA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE****I. INTRODUCCIÓN¹**

1. La República Dominicana y Honduras ("los apelantes") impugnan diversos aspectos del informe del Grupo Especial. Solicitan la revocación de las interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC") y del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC"). Los apelantes también consideran que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, en infracción del artículo 11 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"). Presentan argumentos y pruebas que demuestran que el Grupo Especial no examinó el asunto con imparcialidad y aplicó una doble norma de prueba que benefició reiteradamente a Australia. Por último, los apelantes mantienen que el Grupo Especial no respetó sus derechos a un debido proceso. En sus comunicaciones escritas, detallan cómo el Grupo Especial rechazó las pruebas de los reclamantes de que las medidas de empaquetado genérico del tabaco de Australia ("medidas TPP") no contribuyen a su objetivo utilizando pruebas econométricas: a) que estableció por sí solo, b) sobre las cuales no dio a los reclamantes ninguna oportunidad de formular observaciones y c) que no forman parte del expediente del Grupo Especial.

II. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS TPP DE AUSTRALIA NO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC**A. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar la restrictividad del comercio de las medidas TPP**

2. El Grupo Especial tendría que haber basado su constatación relativa a la restrictividad del comercio en si las medidas impugnadas modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. En cambio, adoptó una prueba de "efectos en el comercio" basada en el grado en que las medidas TPP de Australia reducían el volumen de las importaciones. El Grupo Especial agravó su error al insistir en que cualquier efecto en el comercio fuera causado exclusivamente por las medidas TPP.

3. El Órgano de Apelación ha establecido claramente que los grupos especiales deben evaluar la restrictividad del comercio de los reglamentos técnicos en el marco del párrafo 2 del artículo 2 por referencia a su efecto limitativo en las "'oportunidades de competencia' de que disponen los productos importados".² El concepto de "restrictividad del comercio es amplio" y su presencia puede demostrarse sin tener que cuantificar los efectos en el comercio.³

4. Los reclamantes presentaron pruebas de que el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto del empaquetado genérico del tabaco restringen las oportunidades de competencia de que disponen los productos de tabaco importados. Australia admite que el empaquetado genérico del tabaco tiene por objeto impedir que las empresas tabacaleras utilicen las marcas de fábrica o de comercio para distinguir sus productos y aumentar las oportunidades de competencia. A pesar de esto, el Grupo Especial declaró que "es preciso demostrar *cómo* dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco".⁴

¹ De conformidad con los Procedimientos de trabajo del Órgano de Apelación, el número total de palabras de la versión en inglés de la comunicación presentada por Indonesia en calidad de tercero participante es de 20.697. El número total de palabras de la versión en inglés del presente resumen es de 2.051.

² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 477.

³ Idem.

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168.

5. Los reclamantes presentaron pruebas de los efectos en el comercio. Aportaron pruebas (no refutadas por Australia) que demostraban que el empaquetado genérico del tabaco llevó a algunos consumidores a pasarse a productos de tabaco de menor precio.⁵ Sin embargo, aun así, el Grupo Especial no constató que existiera ninguna restricción del comercio por estas razones. El Grupo Especial alegó que las pruebas no demostraban que el aumento relativo de las ventas de productos de tabaco de menor precio se debiera "exclusivamente" a un cambio a productos de menor precio causado por las medidas TPP.

B. El Grupo Especial incurrió en error al evaluar si existían alternativas menos restrictivas del comercio a las medidas TPP

6. Al describir cómo evaluaría la contribución relativa al objetivo de Australia de alternativas menos restrictivas del comercio ("alternativas menos restrictivas"), el Grupo Especial señala (correctamente, a juicio de Indonesia) la orientación del Órgano de Apelación en el sentido siguiente:

[l]o que es pertinente en una evaluación de la 'equivalencia' es 'el grado *global* de contribución que hace el reglamento técnico al objetivo perseguido, y no cualquier *aspecto o componente individual aislado* de la contribución'.⁶

7. Lamentablemente, a continuación el Grupo Especial procede a evaluar las contribuciones relativas de alternativas menos restrictivas y del empaquetado genérico del tabaco, no en función de su contribución global a la reducción del consumo de los productos de tabaco y la exposición a estos productos, sino sobre la base de sus contribuciones a los "mecanismos" del empaquetado genérico del tabaco (es decir, reducir el atractivo, aumentar la eficacia de las advertencias sanitarias gráficas ("ASG") y eliminar la capacidad de los fabricantes de tabaco de inducir a error a los consumidores). Este enfoque es contrario a la orientación del Órgano de Apelación de no vincular la equivalencia a un aspecto o componente individual de la contribución y refleja una infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

C. El Grupo Especial permitió a Australia demostrar que el empaquetado genérico del tabaco podía funcionar en el futuro, pero los reclamantes debieron demostrar que la alternativa consistente en un escrutinio previo funcionaría con certeza

8. Aunque Indonesia no está de acuerdo en que una alternativa menos restrictiva deba contribuir a través de los mismos mecanismos que el empaquetado genérico del tabaco, los reclamantes incluyeron al menos una alternativa, el escrutinio previo, que hacía justamente eso. El Grupo Especial estuvo de acuerdo y afirmó lo siguiente:

el ... escrutinio previo ... lograr[ía] el objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos mediante los mismos mecanismos causales que los empleados por las medidas TPP, a saber, reduciendo el atractivo, aumentando la eficacia de las ASG y reduciendo la capacidad del empaquetado para la venta al por menor de productos de tabaco de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar o consumir productos de tabaco.⁷

9. A pesar de estas constataciones, el Grupo Especial concluyó que la contribución que hacía el escrutinio previo no era equivalente a la contribución que hacía el empaquetado genérico del tabaco debido a la *posibilidad* de que contribuyera en un menor grado al objetivo de Australia.⁸ El Grupo Especial especula que el escrutinio previo podría dar lugar a que determinados elementos de diseño del empaquetado del tabaco se permitieran en el mercado, y que permitir la aparición de estos productos en el mercado, incluso por un breve período, podría tener efectos adversos para la salud.⁹

⁵ *Idem.*, párrafo 7.1197.

⁶ *Idem.*, párrafo 7.1368.

⁷ *Idem.*, párrafo 7.1664.

⁸ *Idem.*, párrafos 7.1680-7.1683.

⁹ *Idem.*, párrafo 7.1680.

III. LAS CONSTATAIONES DEL GRUPO ESPECIAL SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DEL EMPAQUETADO GENÉRICO DEL TABACO A SU OBJETIVO EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y DEL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC ESTÁN VICIADAS POR ERRORES DE DERECHO Y SON INCOMPATIBLES CON LOS REQUISITOS DE UNA EVALUACIÓN OBJETIVA ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 11 DEL ESD

A. El Grupo Especial incurrió en error cuando mezcló los efectos del empaquetado genérico del tabaco con los efectos de las ASG ampliadas

10. Los reclamantes adujeron que el empaquetado genérico del tabaco no hace una contribución significativa a su objetivo. Al hacer esta demostración, los reclamantes se enfrentaron a la "confusión perfecta".¹⁰ Específicamente, en paralelo con sus medidas encaminadas a adoptar el empaquetado genérico del tabaco, Australia aumentó de forma sustancial el tamaño de sus ASG en el empaquetado.

11. Para eludir este acertijo, los expertos de los reclamantes supusieron que *todos* los efectos en la prevalencia del consumo de tabaco se atribuían al empaquetado genérico del tabaco y *ninguno* de ellos era consecuencia de las ASG. Al hacerlo, las pruebas siguieron demostrando que el empaquetado genérico del tabaco no tenía un efecto sostenido en la prevalencia del consumo de tabaco.

12. Lamentablemente, el Grupo Especial nunca abordó la alegación de los reclamantes de que las medidas TPP no contribuyen a su objetivo. En cambio constata que el empaquetado genérico del tabaco y las ASG ampliadas contribuyen al objetivo de Australia.¹¹

13. El hecho de que el Grupo Especial no haya abordado la alegación de los reclamantes vicia sus constataciones sobre la contribución en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. También refleja un incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto.¹²

B. El Grupo Especial basó sus constataciones relativas a la contribución en evaluaciones que no se refieren específicamente ni a Australia ni al contexto australiano

14. Con el fin de llevar a cabo "una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos", de conformidad con el artículo 11 del ESD, un grupo especial debe interpretar los Acuerdos de la OMC de una manera sumamente contextualizada. Debe examinar los hechos y "las circunstancias existentes en cualquier caso dado".¹³

15. La República Dominicana sostiene que el Grupo Especial basó su constatación relativa a la contribución en evaluaciones probatorias que no se refieren específicamente ni a Australia ni al contexto australiano.¹⁴ Indonesia está de acuerdo.

16. El Grupo Especial basó su evaluación de la contribución del empaquetado genérico del tabaco a su objetivo, incluida su repercusión en el atractivo del empaquetado, la eficacia de las ASG y la capacidad del paquete de inducir a error, en situaciones hipotéticas o hechos obsoletos.

C. El Grupo Especial negó a los reclamantes la oportunidad de formular observaciones sobre los criterios de "solidez" aplicados por el Grupo Especial para evaluar las pruebas posteriores a la implementación relativas a la contribución presentadas por los reclamantes

17. Las partes presentaron numerosos estudios sobre si las medidas TPP hacen una contribución a su objetivo. Muchos de estos estudios se basaban en conjuntos de datos y modelos econométricos exhaustivos.

¹⁰ "A Consideration of the Empirical Evidence on the Effect of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation", Profesor J. List, página 30, 1 de junio de 2015, Prueba documental DR/IND-1.

¹¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1025.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.233.

¹³ Informes del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 23.

¹⁴ Comunicación del apelante presentada por la República Dominicana, párrafos 652-825.

18. El Grupo Especial no rechazó las opiniones de los expertos de los reclamantes basándose en algún elemento aducido o presentado por Australia, sino sobre la base de "criterios de solidez" establecidos por el Grupo Especial, pero nunca planteados a las partes. Si se hubiera concedido a los reclamantes la oportunidad de formular observaciones sobre los criterios de solidez establecidos por el Grupo Especial, habrían podido abordar defectos específicos en la forma en que se aplicaron los criterios y refutar la conclusión de que las pruebas de los reclamantes no eran sólidas.

19. El enfoque adoptado por el Grupo Especial para evaluar la solidez de las pruebas econométricas presentadas por los reclamantes es incompatible con el artículo 11 porque no otorgó a los reclamantes las debidas garantías procesales. El Grupo Especial no permitió a los reclamantes formular observaciones sobre los criterios que utilizó, ni sobre su conclusión de que no era posible basarse en determinadas pruebas presentadas por los expertos de los reclamantes porque no eran lo suficientemente sólidas.

D. El Grupo Especial aplicó criterios de solidez a las pruebas posteriores a la implementación relativas a la contribución presentadas por los reclamantes, pero no a las pruebas sustancialmente similares presentadas por Australia

20. Además de denegar a los reclamantes las debidas garantías procesales, el Grupo Especial también aplicó sus criterios de solidez de manera discriminatoria. En lugar de aplicarlos por igual a los datos preparados por los reclamantes y por Australia, el Grupo Especial parece haber aplicado los criterios solo a los datos preparados por los reclamantes. Si el Grupo Especial hubiera aplicado los mismos criterios de solidez que utilizó para criticar los datos de los reclamantes a los datos sustancialmente similares presentados por Australia, cabe suponer que habría expresado preocupaciones similares. Por ejemplo, según la República Dominicana, el trabajo de la Dra. Chipty (presentado por Australia) adolece de los mismos problemas de solidez que los que el Grupo Especial alega haber constatado en las pruebas preparadas por los Profesores Klick y List. Esta falta de imparcialidad es contraria al artículo 11 del ESD.

IV. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS TPP DE AUSTRALIA NO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

21. Indonesia respalda la apelación presentada por Honduras contra la constatación del Grupo Especial de que el empaquetado genérico del tabaco no infringe el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. En primer lugar, Indonesia está de acuerdo en que "[u]n Miembro que directa y deliberadamente pretende reducir la fuerza de la marca, haciendo así que, con el tiempo, sea imposible demostrar una probabilidad de confusión ... infringe el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁵ En segundo lugar, Indonesia está de acuerdo en que el Grupo Especial aplicó equivocadamente el principio de economía procesal cuando se negó a examinar si el empaquetado genérico del tabaco limita el derecho de los titulares de marcas de fábrica o de comercio de tabaco a impedir un uso infractor.¹⁶

V. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS TPP DE AUSTRALIA NO SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

22. En primer lugar, el artículo 20 prohíbe a los Miembros imponer "exigencias especiales" que "compli[quen] injustificablemente" el "uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales". Las constataciones del Grupo Especial en relación con el artículo 20 reflejan una interpretación errónea del término "injustificablemente".¹⁷ Una interpretación adecuada habría llevado a la conclusión de que el término "injustificablemente" matiza la medida en que el uso de una marca de fábrica o de comercio determinada puede complicarse, y no se refiere a la cuestión de si las exigencias impuestas son justificables sobre la base de que existan "buenas razones".

¹⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 435.

¹⁶ *Idem.*, párrafo 445.

¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 52-322.

23. En segundo lugar, el Grupo Especial no examinó las alegaciones de Honduras y otros reclamantes relativas a la injustificabilidad de la complicación causada por la prohibición de todas las marcas en las *barras* de cigarrillos. Esta prohibición elimina totalmente la posibilidad de diferenciar entre cigarrillos tras sacarlos de su paquete.¹⁸ El hecho de que el Grupo Especial no haya abordado los argumentos de los reclamantes también es un "[in]cumpli[miento] [de] la obligación que le corresponde en virtud del artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto".¹⁹

VI. CONCLUSIÓN

24. Indonesia desea dar las gracias al Órgano de Apelación por tomar en consideración estas opiniones.

¹⁸ El hecho de que el Grupo Especial no haya aplicado las normas a los hechos del presente asunto en relación con las barras de cigarrillos es un error de derecho. Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 58.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.233.

ANEXO C-8**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL JAPÓN
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. El Japón opina que, cuando se realiza el examen de si una marca de fábrica o de comercio ha sido "injustificablemente" complicada por las exigencias especiales previstas en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, es esencial identificar al principio, con objetividad y precisión, el objetivo de política de la medida impugnada. De lo contrario sería imposible evaluar si la medida se adapta razonablemente para contribuir a su objetivo de política.
2. Con respecto al primer factor de ese examen, el Japón señala que los efectos de las medidas TPP en el uso de aspectos figurativos y de diseño de las marcas de fábrica o de comercio, y los consiguientes efectos en el valor económico de las marcas, deberían tenerse debidamente en cuenta al evaluar la naturaleza y el alcance de la complicación.
3. Con respecto al segundo factor, el Japón señala que los objetivos de política deberían evaluarse sobre la base de la estructura, el diseño y la arquitectura objetivos de la medida. Esto no significa que el objetivo de política deba especificarse a un nivel de detalle que se describa la manera en que la medida logra el objetivo de política. Cuanto más detallado es el objetivo, mayor es el riesgo de que se constate siempre que una medida contribuye al objetivo y que ninguna medida alternativa puede contribuir por igual.
4. El Japón hace dos observaciones con respecto al tercer factor. En primer lugar, el Japón señala que por lo general los reglamentos sobre etiquetado tienen como finalidad, por su estructura y diseño, impedir la confusión por parte del consumidor en cuanto al contenido, la calidad y las características de los productos de que se trate. Por tanto no es apropiado concluir que deba prohibirse toda función de publicidad o promoción de las marcas de fábrica o de comercio respecto de cualesquiera productos con efectos nocivos, en particular si las marcas de fábrica o de comercio no dan lugar a malentendidos acerca de los efectos nocivos. En segundo lugar, el Japón discrepa de la constatación del Grupo Especial de que las medidas TPP aseguraban que los objetivos de otras medidas (no comprendidas en su mandato) no se vieran menoscabados. Considera que el marco adecuado para analizar los efectos de refuerzo de la medida en litigio en otras medidas debe ser, primero, una evaluación de la contribución de esas otras medidas a sus propios objetivos.
5. El Japón hace dos observaciones con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En primer lugar sostiene que el examen de la "restrictividad del comercio" en el marco de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 debe basarse principalmente en un examen del diseño, la arquitectura, la estructura y el funcionamiento de la medida. El análisis cualitativo puede ser suficiente. El Japón también señala que es posible que los efectos reales en el comercio no revelen necesariamente la existencia de restrictividad del comercio debido a la interacción de varios factores del mercado. Siempre que un Miembro demuestre una modificación de las oportunidades de competencia que sea perjudicial para las importaciones, habrá de deducirse lógicamente que existe un efecto limitador del comercio internacional.
6. En segundo lugar, el Japón considera que el Grupo Especial aplicó un criterio incorrecto al exigir que las medidas alternativas "sustituyeran" a las medidas en litigio. Atribuir un peso a las características únicas o los efectos directos únicos de la medida en litigio y, en consecuencia, exigir que las medidas alternativas propuestas sustituyan por completo a la medida impugnada puede dar lugar a exigir en la práctica una contribución que no sea solo "equivalente" sino más bien "idéntica" a la de esta.

ANEXO C-9**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR MALAWI
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Malawi agradece la oportunidad de exponer sus opiniones sobre las constataciones del Grupo Especial encargado del asunto *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos*. Malawi tiene un profundo interés en los resultados de la presente diferencia, así como en sus consecuencias para los principios cardinales en que se asienta el sistema multilateral de comercio.
2. El tabaco representa la mayoría de las exportaciones de Malawi en valor, y constituye el medio de vida del 70% de sus ciudadanos. Malawi es el principal productor mundial de tabaco Burley y de tabaco no elaborado. Las medidas de empaquetado genérico del tabaco, al restringir el comercio, podrían tener una gran repercusión negativa en los intereses económicos y comerciales de Malawi.
3. En consecuencia, preocupa a Malawi que el enfoque del Grupo Especial respecto de la pérdida de oportunidades de competencia para diferenciar entre los productos de tabaco parezca ser contrario al sentido de "restrictividad del comercio" en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.
4. En primer lugar, para el Grupo Especial, la pérdida de oportunidades de competencia no bastaba para demostrar que las medidas TPP "restringen el comercio", a falta de efectos reales en el comercio. Sin embargo, en el marco del párrafo 2 del artículo 2 no hay necesidad de considerar los efectos en el comercio cuando una medida, por su diseño, limita oportunidades de competencia significativas.
5. En segundo lugar, el Grupo Especial concluyó que, si bien las medidas podían afectar al valor global de las importaciones de tabaco con el tiempo, no tenían un efecto limitador porque las pruebas "hasta la fecha" no habían demostrado que lo tuvieran. Sin embargo, en el párrafo 2 del artículo 2, las oportunidades de competencia están protegidas ahora y en el futuro.
6. Malawi también insta al Órgano de Apelación a asegurarse de que el Grupo Especial hizo una evaluación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD. El debido proceso es esencial para que el Grupo Especial de manera neutral equilibre los intereses contrapuestos de los Miembros, y es por consiguiente una parte importante de la legitimidad del sistema de solución de diferencias de la OMC. Las alegaciones de que el Grupo Especial concibió sus propias pruebas econométricas, y utilizó los resultados de sus propias pruebas internas como "elementos probatorios", merecen un examen riguroso.

ANEXO C-10**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR MÉXICO
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE***

1. México tiene un interés sistémico en el procedimiento de examen en apelación sobre el informe emitido por el grupo especial en esta diferencia. En concreto, México considera que existen ciertos elementos en la interpretación desarrollada por el grupo especial que no son consistentes con la jurisprudencia emitida hasta el momento en materia de obstáculos técnicos al comercio. En virtud de lo anterior, se presenta esta comunicación en calidad de tercero participante a fin de contribuir en el análisis que realice el Órgano de Apelación para aclarar los derechos y obligaciones de los Miembros respecto a las disposiciones objeto de controversia.
2. La interpretación de la restrictividad del comercio internacional a la luz del examen de "necesidad" en términos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), constituye el elemento fundamental para determinar si un reglamento técnico se encuentra permitido o prohibido por dicha disposición.
3. En opinión de México, existen inconsistencias en cuanto al análisis jurídico que realizó el grupo especial sobre: i) el sentido de la expresión "restringir el comercio", y ii) la aplicación del estándar a las medidas impugnadas.
4. Respecto al sentido de la expresión "restringir el comercio", aunque la Recomendación del Comité OTC puede ser pertinente en la evaluación de la restrictividad del comercio, México considera que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y las interpretaciones realizadas en cuanto a la evaluación sobre los efectos perjudiciales en las condiciones de competencia, constituyen un contexto pertinente para evaluar la restrictividad. Si bien son disposiciones que establecen obligaciones distintas, ambas pueden informarse la una a la otra. En este sentido, con independencia de si se trata de una medida discriminatoria o no discriminatoria, en opinión de México, la modificación en las condiciones de competencia puede ser un efecto limitativo en el comercio y este puede evaluarse conforme al diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida. Asimismo, si bien las pruebas sobre efectos reales pueden ser pertinentes, no es necesario que se demuestre la existencia de efectos reales en el comercio derivados de un reglamento técnico para determinar su inconsistencia con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.
5. En cuanto a la aplicación a las medidas impugnadas, en opinión de México, el grupo especial no realizó un análisis basado en el diseño, la estructura y funcionamiento de la medida para determinar si existía un efecto limitativo en las oportunidades de competencia derivado de la limitación en la capacidad de competir con base en las marcas. Adicionalmente, aunque el grupo especial indicó que el análisis de las medidas podía ser cualitativo, de hecho, realizó un análisis sobre los efectos reales de las medidas. Por otra parte, al concluir que la disminución del consumo e importaciones de tabaco premium no eran resultado exclusivo del "cambio a productos de menor precio", el grupo especial parece haber considerado que debía alcanzarse cierto umbral en la restrictividad. En opinión de México, aunque un grupo especial debe tratar de determinar en qué grado una medida restringe el comercio, esa determinación no exigiría alcanzar un umbral particular. En otras palabras, no es indispensable que la restricción alcance un cierto nivel de limitación, sino que se pueda discernir en qué nivel o grado y de qué forma se limita el comercio. La evaluación conjunta de si una medida restringe el comercio "más de lo necesario" entrañará adicionalmente y necesariamente, un examen con otros factores que permitirán determinar si en efecto se trata de un obstáculo innecesario o no.
6. Finalmente, aunque México no descarta la posibilidad de que el análisis de los efectos que tiene una medida sobre la oferta puede ser relevante, tampoco considera que del hecho de que haya existido un aumento de precios o que estos se hayan mantenido en el mismo nivel se desprenda que los efectos restrictivos de una medida se han neutralizado. En opinión de México, resulta necesario evaluar si existe una relación auténtica entre la medida y un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia, ya que pueden existir situaciones en las que la propia medida induzca a los particulares a actuar de cierta manera.

* Este texto fue presentado originalmente en español por México.

ANEXO C-11

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR NUEVA ZELANDIA EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE

I. INTRODUCCIÓN

1. La presente apelación se refiere directamente a la legitimidad de las medidas de empaquetado genérico del tabaco de Australia ("**medidas TPP**"). De forma más general, sin embargo, se refiere al derecho de los Miembros de la OMC a proteger la salud pública en sus países y a la necesidad de preservar el equilibrio logrado en los Acuerdos de la OMC entre los compromisos comerciales de los Miembros y su derecho a regular para abordar objetivos de política legítimos. Las apelaciones representan una impugnación infundada de este equilibrio y de la interpretación adecuada de los Acuerdos de la OMC en cuestión.

II. ARTÍCULO 11 DEL ESD

2. Hay cuatro defectos generales presentes en las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11.

3. El primero es la formulación de **impugnaciones inadmisibles de las constataciones fácticas del Grupo Especial** como alegaciones de que el Grupo Especial incumplió la obligación de actuar con objetividad que le corresponde en virtud del artículo 11. Es especialmente preocupante que se formulen apelaciones puramente fácticas como alegaciones de que el Grupo Especial "no dio una explicación razonada o adecuada de sus constataciones" o de que sus constataciones "carecen de base probatoria". Nueva Zelandia no acepta ninguna de estas dos afirmaciones. Más importante aún, sin embargo, es la preocupación de Nueva Zelandia de que si las dos deficiencias indicadas se aceptaran como piedras angulares de una infracción del artículo 11, el foco de atención se reorientaría de una evaluación de la objetividad del Grupo Especial a una evaluación de si la decisión del Grupo Especial fue correcta. Esto sería incompatible con el sentido corriente del artículo 11¹, y transformaría a este artículo en una puerta de entrada a la impugnación de las constataciones fácticas del Grupo Especial, en contra de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

4. El segundo defecto consiste en **no haber comprendido la asignación de la carga de la prueba** entre las partes. Los apelantes dan a entender que la tarea del Grupo Especial era decidir quién tenía argumentos más sólidos, si los reclamantes o Australia. Esto es incorrecto. Los reclamantes tenían la carga probatoria de acreditar *prima facie* que, al aplicar las medidas TPP, Australia incumplía las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC. Una de las formas en que los reclamantes pretendieron demostrar sus argumentos fue aduciendo que las medidas TPP *no pueden* contribuir, y *no* contribuyen, a la reducción del consumo de tabaco y la exposición a este.² El objetivo de Australia en la etapa del Grupo Especial no era demostrar sus propios argumentos, sino demostrar que los reclamantes no habían establecido los suyos. El Grupo Especial actuó de conformidad con esta asignación de la carga de la prueba y los argumentos que los reclamantes pretendían probar.

5. La tercera cuestión es la **caracterización incorrecta del ejercicio de las facultades discrecionales del Grupo Especial** en el sentido de que no actuó con objetividad. A Nueva Zelandia le preocupan especialmente las impugnaciones planteadas respecto de la facultad discrecional del Grupo Especial de elegir las pruebas en que se basa en su informe y de su facultad discrecional de decidir si designa a un experto. Entre las facultades discrecionales del Grupo Especial se encuentra la de decidir a qué pruebas se remitirá en su informe.³ El hecho de que el Grupo Especial no estuviera de acuerdo con la opinión de los reclamantes acerca del peso y el sentido que

¹ En particular, el artículo 11 solo se ocupa de si la decisión de un grupo especial era "objetiva".

² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.485.

³ Informe del Órgano de Apelación, CE - *Hormonas*, párrafos 135 y 138.

ha de atribuirse a las pruebas no significa que no actuara objetivamente.⁴ El Grupo Especial también tenía la facultad discrecional de no optar por designar a un experto. La redacción del artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC es permisiva, no imperativa. El Órgano de Apelación estableció claramente en *CE - Sardinias* que el ejercicio de la facultad discrecional de designar o no a un experto no equivaldrá a una infracción del artículo 11.⁵

6. La última cuestión es la **tergiversación de las constataciones del Grupo Especial**. En gran medida, esto es consecuencia de una reproducción selectiva de determinadas constataciones. Extraídas de su contexto más amplio, es fácil que estas declaraciones se malinterpreten. El Órgano de Apelación debe ser consciente, en el marco de las alegaciones al amparo del artículo 11, de la facilidad con que las partes pueden crear la apariencia de que hay incompatibilidades en las razones de un grupo especial presentándolas en forma selectiva y potencialmente engañosa.

III. CRITERIO JURÍDICO PARA DETERMINAR LA CONTRIBUCIÓN DE LAS MEDIDAS TPP

7. Honduras aduce que el Grupo Especial no aplicó el criterio jurídico correcto para evaluar la contribución de las medidas TPP al objetivo de reducir el consumo de tabaco y la exposición a este.⁶ Nueva Zelandia formula dos observaciones fundamentales:

- a. En primer lugar, este es un intento por volver a presentar las alegaciones formuladas al amparo del artículo 11 como una nueva cuestión de derecho, y una impugnación improcedente de las constataciones de hecho del Grupo Especial que el Órgano de Apelación no debe tomar en consideración.
- b. En segundo lugar, el examen realizado por Honduras del criterio jurídico identificado por el Grupo Especial tergiversa varios aspectos fundamentales. Sobreestima el peso que el Grupo Especial consideró que debía atribuirse a las pruebas posteriores a la implementación⁷; subestima el reconocimiento por el Grupo Especial de la pertinencia de la serie más amplia de medidas de control del tabaco⁸; y cita incorrectamente al Grupo Especial en cuanto a los límites a su capacidad de llevar a cabo su propia evaluación de la repercusión de las medidas.⁹

IV. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 16 Y ARTÍCULO 20 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

8. Honduras impugna la interpretación del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC formulada por el Grupo Especial. El Grupo Especial interpretó debidamente esta disposición en el sentido de que establece el derecho exclusivo de impedir el uso de determinados signos cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión, y no como un derecho positivo que obligue a los Miembros de la OMC a asegurar que un titular de una marca de fábrica o comercio puede usar dicha marca.

9. Honduras también alega que el Grupo Especial no adoptó un enfoque referido a marcas de fábrica o de comercio específicas para interpretar el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, y aduce que el término "injustificablemente" exige tomar en consideración medidas equivalentes que compliquen menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio, de forma similar a lo que sucede con la prueba de la "necesidad" en el marco de otros acuerdos abarcados. Esto es incorrecto y socavaría el sentido del término "injustificablemente", interpretado adecuadamente en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. El Grupo Especial concluyó correctamente que los reclamantes

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 302.

⁶ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafos 532-558.

⁷ Compárese el párrafo 541 de la comunicación del apelante presentada por Honduras con el párrafo 7.500 del informe del Grupo Especial.

⁸ Compárese el párrafo 553 iii) de la comunicación del apelante presentada por Honduras con el párrafo 7.506 del informe del Grupo Especial.

⁹ Compárese el párrafo 553 vi) de la comunicación del apelante presentada por Honduras con el párrafo 5 del apéndice A del informe del Grupo Especial.

no habían demostrado que cualquier complicación impuesta por Australia del uso de las marcas de fábrica o de comercio fuera "injustificable".

V. PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

10. Los apelantes alegan que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "restringirán el comercio" empleada en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial interpretó debidamente que esta disposición confirma que la modificación de las condiciones en que todos los fabricantes competirán no sería, en sí misma, suficiente para demostrar la restrictividad del comercio. Nueva Zelandia tampoco está de acuerdo con los apelantes en que el Grupo Especial adoptó una norma más estricta al examinar la "restrictividad del comercio" de medidas discriminatorias.

11. Los apelantes sostienen además que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis comparativo de las medidas alternativas que propusieron. Esta alegación es totalmente consiguiente a su alegación de que el Grupo Especial aplicó un criterio jurídico incorrecto al determinar la "restrictividad del comercio" de las medidas. En cualquier caso, la constatación del Grupo Especial de que las medidas no hacen una contribución equivalente al objetivo legítimo de Australia fue correcta.

ANEXO C-12**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR NIGERIA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Nigeria se complace en exponer al Órgano de Apelación sus opiniones en relación con las diferencias DS435 y DS441. El tabaco es importante para el desarrollo económico de Nigeria, y Nigeria tiene interés en las consecuencias del empaquetado genérico para los fabricantes que tratan de entrar en mercados extranjeros. Nigeria considera que las medidas TPP de Australia pueden sentar un precedente para restricciones similares relativas a las marcas de fábrica o de comercio impuestas a otros productos.
2. Nigeria pide al Órgano de Apelación que aborde cualquier omisión por parte del Grupo Especial de hacer una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD. La aparente falta de objetividad del Grupo Especial no inspira confianza en un país como Nigeria que aspira a recurrir en mayor medida al sistema de solución de diferencias de la OMC.
3. Asimismo, el Grupo Especial aplicó un criterio de restrictividad del comercio excesivamente oneroso en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La restrictividad del comercio de una medida puede demostrarse a través del "diseño, la arquitectura y la estructura reveladora". El Grupo Especial estuvo de acuerdo en que las medidas TPP, por su diseño, limitan la posibilidad de competir sobre la base de la diferenciación de marcas. Sin embargo, también exigió pruebas de efectos en el comercio, aduciendo que las medidas TPP no son discriminatorias. No hay base para esta exigencia adicional.
4. También preocupa a Nigeria que el Grupo Especial impusiera una carga excesiva a los reclamantes que presentaron pruebas de efectos en el comercio. El Grupo Especial constató que las pruebas de la existencia de cambio a productos de menor precio debían demostrar que dicho cambio era la causa exclusiva de los cambios en el consumo, y exigió pruebas de que los productores habían cambiado los precios. Nigeria no comprende por qué el Grupo Especial consideró que los reclamantes debían llegar a esos extremos para demostrar la existencia de restricción del comercio.
5. Nigeria observa que esta aplicación defectuosa del criterio también fue utilizada como base para comparar la restrictividad del comercio de las alternativas menos restrictivas del comercio y las medidas TPP. Además, el Grupo Especial en la práctica hizo que fuera imposible identificar una medida alternativa al exigir que las alternativas funcionaran mediante los mismos mecanismos que las medidas TPP.
6. La evaluación realizada por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC también es cuestionable. Toda complicación impuesta a una marca de fábrica o de comercio debe ser justificable y referirse a un problema con una marca individual. Sin embargo, el Grupo Especial no necesitó examinar las marcas de fábrica o de comercio individuales afectadas. El Grupo Especial también actuó de manera contraria al párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD al no abordar la utilización de marcas verbales en los cigarrillos.

ANEXO C-13**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR NORUEGA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Noruega no está de acuerdo con el argumento de los apelantes de que cualquier modificación de las "oportunidades de competencia", *per se*, tendría un efecto limitativo real en el comercio internacional y, por lo tanto, infringiría el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En cambio, el Grupo Especial constató correctamente que lo que "es preciso demostrar [es] *cómo* dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional de productos de tabaco".¹
2. Las medidas alternativas propuestas de aumento de la EMCL y de los impuestos especiales no eliminarían el empaquetado como una herramienta de publicidad y promoción y, por lo tanto, no harían una contribución equivalente a los objetivos de la medida TPP. Además, la EMCL solo está destinada a los jóvenes y, en consecuencia, es menos eficaz que la medida TPP, que está dirigida a todos los grupos de edad. Cuando el mercado de un Miembro solo se abastece de productos de tabaco importados, cualquier *contribución* equivalente también conllevaría necesariamente un *efecto limitativo* equivalente en el comercio internacional.
3. Corresponde a los reclamantes demostrar que las medidas alternativas propuestas harían una contribución equivalente debido a los efectos sinérgicos que tendrían junto con otros aspectos de las estrategias integrales aplicadas para luchar contra un problema de salud complejo concreto.
4. Los apelantes alegan que la evaluación realizada por el Grupo Especial de la contribución del empaquetado genérico del tabaco careció de imparcialidad, en infracción del artículo 11 del ESD, sin reconocer que los reclamantes tienen la carga de hacer su acreditación *prima facie* de que las medidas TPP no contribuyen al objetivo.²

¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168. con resalte en el original)

² Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 491.

ANEXO C-14**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR FILIPINAS
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Como parte en el Convenio Marco para el Control del Tabaco comprometida y como país cultivador, productor y exportador de productos de tabaco, los intereses de Filipinas en el presente asunto son pluridimensionales. Filipinas reconoce los objetivos de salud pública de Australia y no aborda las cuestiones vinculadas a estos objetivos. En cambio, Filipinas aborda tres cuestiones sistémicas en el marco de los acuerdos abarcados, relativas a las constataciones del Grupo Especial sobre la contribución, la restrictividad del comercio y las medidas alternativas en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.
2. En relación con las constataciones relativas a la **contribución**, los grupos especiales deben respetar los derechos de las partes a un debido proceso. Filipinas entiende que un grupo especial puede recabar asistencia para comprender pruebas econométricas de expertos cuya identidad se mantenga oculta o no se dé a conocer. Sin embargo, los grupos especiales deben dar a las partes una oportunidad adecuada de ser oídas en relación con cuestiones fundamentales para su evaluación. Si un grupo especial establece sus propios "indicios" econométricos¹ -posiblemente utilizando expertos cuya identidad se mantenga oculta- empleando pruebas no identificadas por las partes, estas deben tener la oportunidad de formular observaciones. Con ello se garantiza el debido proceso y la transparencia -las partes no quedan libradas a "adivinar" qué pruebas son pertinentes-. Consultar a las partes también aporta a los grupos especiales un fundamento más sólido para sus constataciones. En cualquier caso, los grupos especiales deben asegurarse de que sus constataciones tengan una base transparente y verificable en sus expedientes.
3. Filipinas recuerda que la **restrictividad del comercio** se examina a través del prisma de las oportunidades de competencia derivadas del diseño, la estructura y el funcionamiento de una medida. Las pruebas de los efectos en el comercio "pueden" requerirse si no se establece un efecto que limita las oportunidades de competencia a partir del diseño de la medida. La conclusión del Grupo Especial que entendió en este asunto de que los efectos en el comercio siempre deben probarse en el caso de las medidas no discriminatorias parece apartarse de esta interpretación.
4. Filipinas entiende que las **medidas alternativas propuestas** deben, por definición, funcionar a través de un mecanismo distinto para lograr el mismo resultado que la medida en litigio. Sin embargo, el Grupo Especial parece haber adoptado una concepción indebidamente restringida al constatar que la contribución de las medidas alternativas y de las medidas de empaquetado genérico del tabaco no puede ser "equivalente" porque funcionan mediante mecanismos distintos.

¹ Informe del Grupo Especial, apéndice C, párrafo 107.

ANEXO C-15**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE SINGAPUR
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Singapur celebra la oportunidad de exponer sus opiniones en esta apelación. En su comunicación escrita, aborda las siguientes cuestiones.¹

a) El Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

2. La constatación del Grupo Especial de que la injustificabilidad de las complicaciones en el sentido del artículo 20 no requiere una evaluación con respecto a marcas de fábrica o de comercio individuales es correcta y está respaldada por la jurisprudencia de la OMC. El Grupo Especial también concluyó correctamente que la salud pública es un interés social reconocido que puede justificar complicaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20. Singapur reitera que lo que debe evaluarse en el marco del artículo 20 es la injustificabilidad, y no la necesidad y, por lo tanto, *no es necesario* examinar medidas alternativas disponibles.

b) El Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC

3. El Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación de la primera etapa de la prueba de tres etapas. La alegación de Honduras de que se atribuyó una importancia indebida a la pérdida de valor económico de las marcas de fábrica o de comercio está fuera de lugar. El Grupo Especial tampoco incurrió en error en su aplicación de la tercera etapa de la prueba de tres etapas. Dado que el criterio de necesidad no debe utilizarse para determinar la justificabilidad de la medida con arreglo al artículo 20, no es necesario que el Grupo Especial examine la disponibilidad de medidas alternativas.

c) El Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC

4. Singapur considera que la interpretación formulada por el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 16 es correcta. Esta disposición establece un derecho, que pertenece exclusivamente al titular de la marca de fábrica o de comercio registrada, de excluir, y no un derecho de usar. Este último *no* existe como consecuencia de un derecho de excluir la utilización de la marca de fábrica o de comercio por otros. Aunque los titulares de la marca de fábrica o de comercio puedan tener un interés legítimo en preservar el carácter distintivo de sus marcas de fábrica o de comercio, esto no llega a constituir un "derecho" como tal en el sentido del párrafo 1 del artículo 16, y aún menos un derecho de usar una marca.

d) El Grupo Especial no incurrió en error en su evaluación de la restrictividad del comercio de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

5. La afirmación de Honduras de que "la cuestión de la restrictividad del comercio exige una demostración de un efecto que limita las oportunidades de competencia" en todos los casos es excesivamente restrictiva y no está respaldada por la jurisprudencia. En cualquier caso, los reclamantes no establecieron adecuadamente *cómo* la restricción de las oportunidades de competencia causada por las medidas TPP tendría, sin más, un efecto limitativo en el comercio internacional. Singapur tampoco está de acuerdo en que el Grupo Especial aplicara una norma más estricta en su análisis de si las medidas TPP restringen el comercio al exigir una demostración de los efectos reales en el comercio. De hecho, el Grupo Especial examinó pruebas que *no* se referían a los

¹ Este resumen contiene, en la versión en inglés, un total de 1.096 palabras (incluidas las notas de pie de página). La comunicación escrita presentada por Singapur en calidad de tercero contiene, en la versión en inglés, un total de 10.989 palabras (incluidas las notas de pie de página).

efectos reales en el comercio cuando tuvo en cuenta el diseño de las medidas TPP para concluir que las medidas restringían el comercio.

e) El Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC por lo que respecta a la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio

6. Singapur está de acuerdo con el Grupo Especial en que las medidas alternativas propuestas por los reclamantes no restringirían el comercio menos que las medidas TPP. Tras determinar que las medidas TPP restringen el comercio desde el punto de vista de su repercusión tanto *prevista como real* en el volumen del comercio de productos de tabaco, el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que las medidas alternativas restringirían el comercio igualmente, en tanto en cuanto están diseñadas para lograr el mismo grado de contribución que las medidas TPP. Esto es así en vista de las circunstancias particulares de que el mercado australiano se abastece por completo mediante productos de tabaco importados y del hecho de que se constató que las medidas TPP restringían el comercio exclusivamente sobre la base de su repercusión en el volumen del comercio.

7. El Grupo Especial no incurrió en error en su evaluación de la equivalencia de la contribución de las medidas alternativas al objetivo de Australia. El Grupo Especial no exigió que las medidas alternativas funcionaran a través de los mismos "medios" o "mecanismos" para reducir el consumo de tabaco que las medidas TPP. El hecho de que una medida impugnada forme parte de un marco normativo más amplio, por sí solo, no debería impedir constatar que una medida alternativa haría una contribución equivalente al objetivo del Miembro, incluso si la medida alternativa no hace una contribución idéntica a través de los mismos "medios" o "mecanismos" que la medida impugnada. Sin embargo, Singapur no entiende que el Grupo Especial haya impuesto o aplicado tal requisito.

8. Por otra parte, Singapur está de acuerdo en que la forma en que las medidas alternativas propuestas funcionarían dentro de un conjunto de medidas y su efecto en las sinergias dentro del conjunto de medidas, *incluida* la creación de nuevas sinergias, serían consideraciones pertinentes. Sin embargo, no hay nada en el informe del Grupo Especial que justifique la afirmación de que el Grupo Especial hizo caso omiso de la posibilidad de que las medidas alternativas crearan nuevas sinergias.

f) El Grupo Especial no infringió el artículo 11 del ESD

9. Muchas de las alegaciones se refieren a la evaluación por el Grupo Especial de pruebas contradictorias presentadas sobre la eficacia (o ineficacia) de las medidas TPP y al trato que concedió a dichas pruebas. En esencia, los apelantes están en desacuerdo con el Grupo Especial sobre el peso que debe asignarse a las pruebas. Sin embargo, un grupo especial no incurre en error simplemente porque se niegue a dar a las pruebas el peso que una de las partes considera que se les debe atribuir. En el presente asunto, el Grupo Especial hizo lo razonable y correcto al determinar que las pruebas, *tomadas en su totalidad*, respaldaban su conclusión relativa a la eficacia de las medidas TPP. Corresponde a los apelantes la carga de demostrar sus alegaciones y no a Australia demostrar lo contrario.

10. La alegación de que el Grupo Especial actuó con parcialidad, por ejemplo, en su enfoque respecto de las advertencias sanitarias gráficas (ASG), carece de fundamento. Un conjunto de estudios respalda la tesis de que el empaquetado genérico de los productos de tabaco (en forma independiente de las ASG) reduciría su atractivo para el consumidor y aumentaría la eficacia de las ASG. No puede decirse lo mismo acerca de las medidas alternativas propuestas.

11. Por último, resulta sorprendente la forma tan enérgica en que los apelantes formulan ahora sus alegaciones relativas al debido proceso. Honduras nunca sugirió ni solicitó al Grupo Especial que consultara a expertos de conformidad con el artículo 13 del ESD o el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC. Los apelantes tampoco expresaron ninguna preocupación relativa a la falta de debidas garantías procesales durante la etapa intermedia de reexamen de las actuaciones del Grupo Especial. En cualquier caso, no se debe interferir a la ligera en las constataciones del Grupo Especial en ausencia de pruebas convincentes en contrario.

ANEXO C-16**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR TAILANDIA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. A juicio de Tailandia, el Grupo Especial ha observado debidamente las normas usuales de interpretación de los tratados en su interpretación del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, al interpretar el término en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, tal como se encuentran estipulados en el preámbulo y los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como en la Declaración de Doha. A este respecto, Tailandia desea formular dos observaciones específicas.

2. En primer lugar, Tailandia está de acuerdo con el Grupo Especial en que el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no establece ningún fundamento jurídico para afirmar que una medida, ni siquiera una que entrañe la "complicación suma"¹, es intrínsecamente injustificable.² De conformidad con esta disposición, las exigencias especiales estarían prohibidas solo si "complica[n] injustificablemente" el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales.

3. En segundo lugar, Tailandia no considera que el Grupo Especial haya transpuesto la prueba de la "restrictividad del comercio" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, tal cual es, al análisis de la "complicación del uso de la marca de fábrica o de comercio" en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En lugar de hacer una interpretación errónea que incorpore la existencia de un criterio de "necesidad" en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial simplemente reconoció que la disponibilidad de una medida alternativa que entrañe una complicación menor podría *informar* una evaluación de la "injustificabilidad" y, de este modo, *poner en entredicho* que la justificación proporcionada apoye suficientemente las complicaciones del uso de la marca de fábrica o de comercio.³ La forma exacta en que la disponibilidad de medidas alternativas formaría parte del análisis general debe determinarse en cada caso, teniendo en cuenta el equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y el interés público.

¹ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 267.

² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2441-7.2442.

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2598.

ANEXO C-17**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE****I. INTRODUCCIÓN¹**

1. Los Estados Unidos celebran la oportunidad de exponer sus opiniones sobre las cuestiones planteadas en apelación por Honduras y la República Dominicana. De conformidad con la comunicación de la Sección de 23 de julio de 2018, los Estados Unidos presentan sus comunicaciones en calidad de tercero participante en las apelaciones entabladas en estas dos diferencias en un único documento.² En este documento, los Estados Unidos expondrán sus opiniones sobre el trato jurídico que procede dar a la *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública* ("Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC") y las alegaciones planteadas en relación con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD").

2. Los Estados Unidos se centran en las dos series de cuestiones identificadas *supra* para abordar preocupaciones sistémicas que suscitan estas apelaciones. La solución adecuada de estas dos series de cuestiones no alteraría las conclusiones definitivas del Grupo Especial en estas diferencias.

II. ACLARACIÓN SOBRE EL TRATO DADO POR EL GRUPO ESPECIAL A LA DECLARACIÓN DE DOHA RELATIVA AL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA SALUD PÚBLICA

3. En su informe, el Grupo Especial consideró los tipos de razones que apoyarían suficientemente la aplicación de una complicación del uso de una marca de fábrica o de comercio para determinar el sentido del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.³ El Grupo Especial entendió correctamente que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, debía interpretar el término aplicando las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, reflejadas en los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* ("Convención de Viena").

4. Como parte de su análisis, el Grupo Especial declaró que: "[a] nuestro juicio, *puede* considerarse que [el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC] constituye un 'acuerdo ulterior' de los Miembros de la OMC en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena".⁴

5. En apelación, Honduras aduce que el Grupo Especial cometió un error jurídico al constatar que el párrafo 5 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC "constituye un 'acuerdo ulterior' de los Miembros de la OMC en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena que debe tomarse en consideración como parte del contexto del término 'injustificablemente' que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC".⁵

6. La cuestión de si las declaraciones acordadas por los Miembros pueden constituir un "acuerdo ulterior acerca de la interpretación" ha planteado dificultades para el funcionamiento de algunos comités de la OMC. En la presente apelación, en lugar de ocuparse de esta cuestión, el Órgano de Apelación podría aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación de error formulada por Honduras, que no guarda ninguna relación con la apelación respecto de la interpretación o la conclusión jurídicas del Grupo Especial.

¹ El presente resumen contiene, en la versión en inglés, un total de 776 palabras (incluidas las notas de pie de página), y la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante contiene, en la versión en inglés, un total de 8.573 palabras (incluidas las notas de pie de página).

² Véase la resolución de procedimiento del Órgano de Apelación (23 de julio de 2018).

³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2396 y siguientes.

⁴ *Idem.*, párrafo 7.2409. (sin cursivas en el original)

⁵ Comunicación del apelante presentada por Honduras, párrafo 254.

III. ALEGACIONES DE ERROR FORMULADAS POR LOS RECLAMANTES AL AMPARO DEL ESD

7. Tanto Honduras como la República Dominicana apelan contra docenas de constataciones fácticas al amparo del artículo 11 del ESD. Tanto en la apelación que ha presentado Honduras al Órgano de Apelación como en la que le ha presentado la República Dominicana se formulan numerosas alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD relativas a lo que claramente son supuestos errores fácticos del Grupo Especial. Por acuerdo de todos los Miembros de la OMC, el ESD prevé expresamente que una apelación abarca únicamente los supuestos *errores jurídicos* de un grupo especial, y no sus errores fácticos.⁶ Los Estados Unidos están en desacuerdo con estos intentos por volver a litigar sobre docenas de determinaciones fácticas desfavorables del Grupo Especial mediante alegaciones de infracción del artículo 11 del ESD.

8. En la presente apelación, el Órgano de Apelación tiene la oportunidad de volver a analizar cómo el enfoque limitado que inicialmente adoptó para examinar la "evaluación objetiva" de un grupo especial ha sido aprovechado por los apelantes para abarcar prácticamente todas las determinaciones fácticas de un grupo especial. Dado que en el ESD no hay un fundamento textual para examinar en apelación las constataciones de hecho de los grupos especiales, el Órgano de Apelación podría, en cambio, reiterar que las cuestiones que procede someter a apelación son las cuestiones de derecho tratadas en un informe de grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas en él.⁷

9. Además, los Estados Unidos están de acuerdo con Australia en que la alegación de infracción formulada por la República Dominicana al amparo del párrafo 1 del artículo 7 del ESD es infundada. La alegación parece ser un intento por reabrir la diferencia, alegando incorrectamente que el Grupo Especial no abordó la alegación de la República Dominicana de que las medidas de empaquetado genérico de Australia en cuanto al empaquetado de cigarrillos sueltos infringen el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. De hecho, el Grupo Especial abordó esta alegación y, en cualquier caso, se trataría de una cuestión referida a una conclusión jurídica errónea y no de una cuestión relativa al mandato. Ambos motivos de apelación están gravemente viciados y deben rechazarse.

⁶ Véase el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

⁷ *Idem*. ("La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste").

ANEXO C-18**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE ZAMBIA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Zambia agradece su labor al Grupo Especial y solicita al Órgano de Apelación que examine sus argumentos, así como las cuestiones planteadas por Honduras y la República Dominicana en sus apelaciones.
2. Zambia plantea preocupaciones acerca de la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La medida alternativa debe realizar una "contribución significativa" equivalente, pero no una "contribución idéntica", al objetivo. Por lo tanto, el Grupo Especial no debería haber rechazado las medidas alternativas de Honduras y los demás reclamantes, ya que serían igual de eficaces para reducir el consumo de tabaco, y menos restrictivas del comercio, que las normas de empaquetado genérico de Australia. Además, el Grupo Especial tendría que haber analizado la "contribución real" de las medidas de empaquetado genérico, ya que es la prueba habitual en el marco del párrafo 2 del artículo 2.
3. Zambia sostiene que el enfoque que adoptó el Grupo Especial al interpretar el término "injustificablemente" en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC no puede ser la manera adecuada de entender esta disposición. En lugar de hacer referencia a las "buenas razones" que serían suficientes para apoyar la medida, la prueba debería examinar si la marca de fábrica o de comercio específica presenta algún problema. Zambia apoya la opinión de los reclamantes de que el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC establece importantes derechos con respecto a las marcas en el comercio.
4. Zambia sostiene que, al hacer caso omiso de las pruebas en contrario presentadas por los reclamantes, el Grupo Especial no parece haber examinado las pruebas de manera imparcial, de conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD.

ANEXO C-19**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR ZIMBABWE
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. Zimbabwe se complace en plantear al Órgano de Apelación sus preocupaciones acerca del informe del Grupo Especial en la presente diferencia, que puede afectarlo como país en desarrollo cuya economía depende de los productos agrícolas. Zimbabwe respalda los importantes argumentos expresados por los apelantes y solicita respetuosamente al Órgano de Apelación que los tenga en cuenta, como expone a continuación.
 2. El Grupo Especial parece no haber dado un trato equitativo a las pruebas presentadas por los reclamantes y no haberlas sopesado objetivamente con las pruebas del demandado. El Grupo Especial podría haber contado con ayuda si hubiera designado a un experto independiente de conformidad con las normas de solución de diferencias, pero no lo hizo.
 3. La aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC por el Grupo Especial no parece reflejar fielmente la obligación derivada de dicha norma de la OMC. Zimbabwe respalda los argumentos de Honduras sobre la evaluación que hizo el Grupo Especial de la "restrictividad del comercio" de las medidas por sus efectos en el comercio y no por su diseño y arquitectura general; la exigencia de que las medidas alternativas realicen una contribución "idéntica" al objetivo en lugar de una "equivalente"; y la evaluación de la posible contribución futura de las medidas de empaquetado genérico en vez de su contribución real.
 4. El Grupo Especial ofrece una interpretación del término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC que se aparta del contexto de las marcas de fábrica o de comercio. Zimbabwe considera que, como aduce Honduras, el Grupo Especial no examinó si las propias marcas de fábrica o de comercio presentaban problemas ni si había limitaciones que pudieran justificarse sobre la base del análisis de cada marca de fábrica o de comercio.
 5. Por último, el Grupo Especial constató que el artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC solo confiere a los titulares de las marcas de fábrica o de comercio un número limitado de derechos en materia de observancia a oponerse al uso no autorizado en situaciones en las que existe un riesgo de confusión real en el mercado. A Zimbabwe le preocupa que esta interpretación sea demasiado limitada para proporcionar a los titulares de las marcas de fábrica o de comercio protecciones adecuadas en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y, en particular, del artículo 20 de dicho Acuerdo.
-